IL DRITTO ROMANO

DELLE OBBLIGAZIONI

E SPECIALMENTE

INTORNO ALLA TEORICA DEI CONTRATTI INNOMINATI
E DEL *JUS POENITENDI*

DEL DOTTOR

EDUARDO GANS

Traduzione dal tedesco, preceduta da un discorso sulle opere del GANS

PER

EDUARDO SALVETTI

Seconda edizione riveduta

NAPOLI
166, LIBRERIA STRADA TOLEDO
Sotto le Reali Finanze

1858

EDUARDO GANS

E LE SUE OPERE.

Nel 1845 si pubblicò a Parigi la traduzione di una parte della grande opera del nostro autore, intitolata *Il dritto di successione nel suo svolgimento storico universale*. Alla traduzione francese precede una *Notice sur la vie et les ouvrages de Gans*, di un chiaro scrittore francese, membro della camera de' deputati, dell' accademia e del consiglio d' istruzione pubblica, il quale aveva avuto la ventura di conoscere personalmente e per molti anni l' autore. Io ò letto con avidità questa *notice sur la vie et sur les ouvrages de Gans*, scritta dall' amico di qua dal Reno. Che cosa m' imprometteva io di trovare in questo discorso? gli era chiarissimo. Se si fosse trattato di aver notizia d'un egregio capitano, mi sarei aspettato a battaglie; se di un vagheggino, ad amori ed avventure; se di un filosofo, a filosofia: qui si trattava di un giurista-filosofo caposcuola; dunque io mi aspettava a vedere come in lui si dessero la mano e filosofia e giureprudenza; quali ne fossero le opere, che il levarono a caposcuola, sendo le opere i fatti dello scrittore; e qual passo avess'egli fatto fare alla scienza con la novella scuola ch' ei fondava.

Ebbene, nulla di tutto questo. L'amico di qua dal Reno, parlando del giurista, non novera pur una

delle sue opere di giure; parlando dello scolaro dell'Hegel, non ci mostra nè la filosofia del maestro, nè i frutti che produce nel discepolo. Un volumetto fra i dodici stampati, a mia notizia, dall'autore, intitolato *Rueckblicke auf Personen und Zustaende*, che il chiaro autor francese traduce letteralmente *Coup d'oeil rétrospectif sur les personnes et les circonstances*, è l'unico libro di cui si parli nella notizia sulla vita del grande giurista: e questo libro non si briga punto di giure. Il Gans era Alemanno in ossa e polpa; e l'autore della notizia dimentica l'Alemagna e ci trasporta a Parigi. Riporta de' brani di lettere e di conversazioni tra lui ed Eduardo Gans; e questa conversazione è leggera, piena di grazia e di amenità. Se volete sapere che era Eduardo Gans, secondo questa notizia, bisogna ch'io ve lo dica in francese; talmente è francesissimo il Gans dell'autore ed amico di qua dal Reno: *c'était un homme d'esprit, qui ecrivait des livres de droit par dessus le marché*. E non avrebbe potuto esser tale ancora la biografia di Alfred de Musset, il poeta leggiadro e spensierato, tanto alla moda a Parigi; e, men che il poeta, non era *un homme d'esprit* l'azzimato ad apollineo *lion* Dorcet, idolo di tutti gli odierni salotti *du Faubourg Saint Germain*? L'*esprit* ecco ciò che vede l'autore della notizia; ecco la lode suprema! Su, dunque, filosofi, giuristi, e poeti e bellimbusti, datevi la mano ed intrecciate una gaia e spiritosa carola! Siete tutti una cosa sola; anzi non siete nulla nessuno: ombre, che alla rinfusa fanno qualche scambietto e passano sulla scena del mondo; lanterna magica più o meno allettevole. Ma, oimè, qual tristo e sconfortato spettacolo è mai la scienza e l'arte e la vita considerate a questo modo!

Chi d'innanzi ad una scenica rappresentazione, o

ad un sacrifizio religioso, o ad una sposizione scientifica si collochi da estraneo ad estraneo, senza inchiedere di più, senza sentire nè pensare più addentro di quello gli offra l'agitarsi di un attore, il profumo degl'incensi, la filza degli argomenti e de' sillogismi; muto spettatore di più muto spettacolo, il cuore, la fede, la mente, e tutto il creato, e sè stesso, gli torneranno voti nomi e casuali immagini: la vita tuttaquanta, questo fiore olezzante ed irraggiato d'idealità, gli avrà irreparabilmente fallito. Ma se d'innanzi a quelle forme supreme il cuore e la mente ti si scaldi, se i casi e lieti e dolorosi della storia e della vita, non più digiunti e come menati da una cieca fortuna, si vadano nella mente a comporre insieme come in una infinita corona; e se, di questa ricercando il cerchio primo su cui la si eleva, ti baleni al pensiero la Provvidente necessità, che le singole parti stringe ed intesse insieme; quegli avvenimenti, innanzi poveri e digiuni, si collocheranno ciascuno al suo posto, ed il pregio e la maestà di quel tutto (poichè quel tutto è il composto di ciascuna di quelle gemme) leverà queste in grazia ed onoranza: fatta coscienza della vita, la vita ci sorriderà lieta ed intesa al bene. Quel muto spettatore, quel più muto spettacolo di poc'anzi son fatti amendue eloquenti: quella eterea corona li compone fratelli insieme; l'uomo si lancerà consapevole di sè nell'infinito, riconoscerà sè stesso come una gemma del serto immortale; e questo riconoscere la propria essenza come spirituale ed infinita, rompe i limiti dell'intelletto, e conduce l'uomo alla idealità sua.

È questa la meta cui tende infatigabilmente e per intima forza è spinta la gente umana. E ciascuno degli sforzi onde a questa meta avviciniamo, ciascun

libro che ne spiana un tratto di via, ciascun corifeo della scienza che a questa meta avanza, è un vivido fiore dell' eterna ghirlanda. E se ci si dia di scorgere da quali radici ei prende la vita, quali frutti promette; ciascun libro ci apparirà come una conquista fatta, che ne addita un' altra da fare; ciascun grande scrittore come un eroe, cui altri precessero ed altri terran dietro; ed un acquetamento che contiene un novello desiderio; e l' antico *nosce te ipsum*, che si risolve sempre e riman sempre problema. Talmente agli occhi nostri la scienza non sarà più una magra filza di argomenti, ma vivo il dramma eterno della glorificazione dello spirito, a cui assistere non è più dato da estraneo ad estraneo; ma, a parte dell' azione, commossi e commoventi insieme, ogni vero appreso dalla mente ci diventa un palpito del cuore, e si effonde in un inno di gloria all' Eterno.

Io ò udito uscire da certe labbra, contratte per un risolino sarcastico, queste parole: Oggi la poesia diventa filosofica! però in ricambio è forza la filosofia diventi poetica. Ci era chi credette queste parole contenessero un' accusa per la scienza, e sollecito prese a ribatterle, chiedendo quale fosse, se non la reciprocanza della cortesia, il legame logico tra la proposizione diretta e l' inversa. Io tengo dai princípi per cui tiene colui che confutava: pure questa volta farò causa comune col suo avversario: io concedo che oggi la scienza sia insieme verità della mente, e commozione del cuore, e fede dell' animo. E se questo mio entrare a parlare di un lavoro di dritto positivo con parole, che chi sa come saranno qualificate, non troverà grazia presso i severi censori, lor sarà certamente assai buon attestato della riverenza, e voglian dire dell'entusiasmo, ch'io ò per lo scrittore da me tradotto, e per la parte ch' egli à compiuta da valoroso nel rimenare questa scienza al

suo indirizzo filosofico. All'uomo dagli scettici cachinni poi potranno queste parole attestare che, sebbene nel mio senso assai diverso da quello ch'egli voleva dare alla sua proposizione, io tengo per la verità del suo motto spiritoso.

Quando io, letto prima il libro, compii l'ultima pagina della traduzione, che presento ai miei concittadini, chiusi gli occhi e, pensando meco medesimo, mi sentii primamente tratto di molta ignoranza. Poscia, considerando come queste tre dissertazioni prendan posto nel sistema del Gans, e come in questo scrittore la disciplina del dritto positivo si sia ricondotta e collegata alle scienze filosofiche; fui commosso dal corso necessario dello spirito, ed esultai credente nel regno del vero. Però io sentii il debito di dire brevemente che sia l'autore nella storia della giurisprudenza, e che il presente libro nel sistema dell'autore; chè a me non pare basti dire del Gans ch'ei fu *homme d'esprit*, nè che i suoi libri di dritto ci venissero *par dessus le marché*. Laonde il mio discorso dovrà toccare dello stato in cui erano questi studi prima del Gans; dello stato, cui egli li condusse; del posto che fra gli scritti di lui tiene il presente libro. Ma mostrare l'intimo legame tra il libro ed il sistema, e tra questo e i precedenti logici momenti della nostra disciplina; è mostrare come il libro e l'autore e la disciplina speciale si sieno venuti a gradi a gradi riconducendo presso alla fonte donde traggono e luce e verità, riconoscendosi come viva applicazione del sapere filosofico. Quindi ciascuna special disciplina prende le mosse: quivi, dopo la necessaria migrazione per la via propria, ciascuna, come il figliuol prodigo, ritorna ricca di esperienza.

Seguire questo logico cammino, e notare a qual passo della gloriosa via si collochi il libro ch' io pre-

sento al pubblico, sarà mostrare insieme com'ei s'intessa nel cerchio infinito della storia ideale del pensiero.

I.

La ragione universa, fattasi viva di fuori nei fatti del mondo fisico e morale, giunge nell'uomo a coscienza di sè. L'ultimo pronunziato di questa coscienza, che *il razionale è reale, ed il reale è razionale*, saluta nell'intimo corso dei fatti mondiali il corso logico della ragione istessa. I fatti di ogni ordine stanno alla ragione, in quella proporzione che il corpo all'anima: il loro insieme è la vita. Ricercare la ragione nei fatti è come cercare il battere dell'arteria tastando il polso di fuori. Nei primi momenti, in cui la coscienza dell'uomo prese a considerare i fatti della ragione, quel di fuori e questa parte intima formavano, confusi in un fascio indistinto, il subbietto delle sue ricerche. Dipoi questa prima unità dei due inseparabili elementi, sia dell'essere sia del sapere, si ruppe; e ciascuno di essi venne facendo da solo la via a sè propria. L'intelletto, ponendo ad analisi diligente le parti di quel tutto, le reputò in sè stesse divise e distinte: ma ciò facendo, mentre dall'un canto arricchiva il sapere di notizie minute, d'altra banda scolorava la vita della scienza, quella vita che è il composto necessario di quelle parti. Il corso delle discipline tutte mostra nel suo svolgimento che dopo quell'unità primitiva ed inconsapevole, dopo quel disgiungere dell'analisi, le discipline tutte e ciascuna lor parte ánno aspirato a ricongiungersi in un ultimo amplesso, consapevoli della loro identità e della lor differenza. La filosofia intese a penetrare i fatti ed a giungere in essi a realtà ed a vita; le discipline speciali a lor volta intesero

a rimenare lo studio de' fatti a quel punto onde prendessero soffio animatore dalla filosofia: l' una si riconobbe come astratta senza le altre; le altre, come morte e non vere senza l' una. Da questo correre a tale suprema riconciliazione nacquero, come ultimi frutti, la enciclopedia delle scienze filosofiche, e la trattazione comparata o filosofica delle speciali discipline. L'una è la parte intima de' diversi gruppi di fatti, il loro logico legame, la ragione mostrata come vita intima de' moltiplici fatti esteriori, tolti alle limitazioni di spazio e di tempo; l' altra, presupponendo questo corso logico, lo ricerca nei fatti speciali di ciascuna disciplina, seguendoli e studiandoli nelle determinazioni dello spazio e del tempo.

Tale, ch' io creda, è il rapporto in cui sono la filosofia del diritto e la giurisprudenza; tale il rapporto in cui sono amendue rispetto alla filosofia in genere. Amendue, animate dallo spirito filosofico, mostrano l' una la filosofia che discende nei fatti; l'altra i fatti che risalgono alla filosofia Ma, siccome di sopra notammo, innanzi di giugnere a questo periodo di riconciliazione, ciascuna scienza, guidata dall' analisi, fece lungamente via da sè. La filosofia lavorò lungamente pei campi della ragione astratta prima di ricongiungersi ai fatti, in cui poscia informò corpo reale; le discipline speciali lungamente interrogarono e riandarono i fatti prima di ricomporli insieme ed animarli mercè scientifiche nozioni. Nondimeno ciascun passo di quella scienza e di questa disciplina, ancor quando l' una dall' altra digiunte teneano vie diverse, è un passo verso la loro riconciliazione. La storia della filosofia espone quel logico corso della parte intima e generale del pensiero umano; la storia della giurisprudenza dovrebbe mostrare quel medesimo logico

cammino verso la filosofia, tenuto dalla disciplina speziale del giure.

Per indicare questo corso, seguendo il metodo assoluto, bisognerebbe riandare, nel cammino tenuto dalla scienza del diritto civile positivo, i logici momenti di esistenza del dritto civile istesso. Dappoichè il conoscere non è per essenza diverso dall'essere: i momenti di esistenza di questo sono i capitoli della storica trattazione di quello. Laonde la storia della giurisprudenza, sia generale sia di una legislazione speciale, dovrebbe necessariamente partirsi in tre capi principali: quello in cui si considera il dritto positivo nella sua forma viva, siccome legge e pratica applicazione della legge: quello in cui si mostra anzi come riflessione che come pratica ed immediata applicazione: quello in cui assume le forme e l'ordinamento di scienza. Il presente lavoro non comporta ch'io mi dilunghi considerando la storia della giurisprudenza: a raggiugnere il mio scopo basta d'indicare i risultamenti del periodo riflesso e quelli de' primi stadi del periodo scientifico. Sposto così lo stato in cui l'autore trovò questi studi, sarà agevole di vedere come le sue opere sieno, nella nostra scienza, insieme corona del passato e stella polare ai giuristi avvenire.

Quella legislazione privata romana, fatta gigante a poco a poco in un momento della storia del mondo, in cui l'astratta personalità, sendo l'unico campo ove si spiegasse l'operosità degli uomini di allora, venne a chiarissima coscienza; quella ragion civile, uscita a vita obbiettiva allorchè quasi ciascun pensatore era e pratico e giureconsulto e legislatore, allorchè ciascun responso era e difesa di un caso singolo e intuizione di una teorica e legge di tutto un popolo; quel capolavoro delle leggi civili, aperto con

le dodici tavole e chiuso con la compilazione giustinianea, andò a mano a mano spegnendosi alla vita immediata, e ridestandosi, come lume di civiltà novella, nelle menti studiose de' posteri. La legislazione romana rimase ove più ove meno a regolare le genti civili; ma quella spontaneità, ond' ella si compose, era già cessata: il suo novello periodo fu periodo di riflessione.

È stato notato dal più profondo pensatore moderno che ai fatti, che sono la ragione vivente inconsapevolmente di fuori, succede la scienza de' fatti, che è la ragione fatta consapevole di sè medesima. Però la nozione di un popolo non si compie se non ne' posteri, i quali, vedutolo spegnere alla vita de' fatti, ne ricercano e studiano la storia: la vita particolare cessa; ma lo spirito, che informava quella vita, i risultamenti della civiltà trascorsa, permangono nell' altra vita non più passeggera; quella dell' infinita coscienza. I fatti della spontaneità del medio evo intesero ad opera ben più larga del dritto privato, cui intesero i fatti della spontaneità dell' impero. Mentre il medio evo procedeva con l' opera alla diffusione del cristianesimo, accettava l' eredità del diritto privato dal caduto impero; e, ripiegata la mente su quelle leggi, aprì l'adito ad una disciplina del dritto positivo, la quale di poi si aveva a levare all' altezza di scienza e di filosofica trattazione.

Il diritto non ebbe più sua prima sede in foro, ma nelle cattedre di Bologna e dell' Italia tutta. Quindi lo studio delle antiche leggi doveva ritornare, scacciando la barbarie delle armi, ad infondere l' antica sperienza nello spirito cristiano, onde s' informava il novello foro. Questo studio assiduo, che ogni gente civile, o capace di essere, poneva intorno alle leggi della

caduta regina del mondo, prese successivamente tre indirizzi.

Primamente s' interrogarono i testi delle leggi romane per sapere qual fosse tutta quella civiltà: ei fu siccome un diligente lavorío fatto intorno ad un monumento classico; talmente che non pure la schietta materia legale, ma la lingua e la storia intera si andava apparando in que' codici. Gli era come il primo libro venuto in mano a chi esce allora della più grossa ignoranza: egli ne ricerca ogni lettera, ogni spazio, manda a memoria ogni sentenza, senza fare ancora discrimine alcuno, nè discernere a quale disciplina appartenga il libro avventuroso. Ma questa prima esegesi grossa ed indistinta venne a mano a mano facendosi più speciale, e quasi scartando dallo studio delle leggi romane tutto ciò che dal fine delle leggi si distingueva. La lingua classica e certa notizia della storia romana furono indi innanzi come un presupposto nello studio del corpo del dritto.

Così si può spiccatamente distinguere la seconda età della esegesi dalla prima. Le leggi romane non si offrono più come la occasione di studi eruditi in generale; la compilazione giustinianea non è più come un monumento classico, degno per tutti i suoi lati dello stesso culto: ora si attende massimamente a studiare il senso ed il valore de' passi delle leggi, solamente per ciò che importa alla conoscenza del dritto. In questo punto, si può senza tema affermare, entrò la giurisprudenza riflessa in un campo proprio, levandosi così al grado di speciale disciplina. Gli sforzi di questa maniera di scrittori sono i primi, onde la nostra scienza si possa veramente rallegrare. Non di meno, comechè in questo momento si vegga venire a luce lo studio speciale del dritto romano, pure questo studio è sperperato e

quasi gittato in frantumi intorno alle singole leggi, senza giungere ancora a formare un canone, una teorica giuridica. Il sapere giuridico de' comentatori di tal fatta è tutto posto in servigio ed in dichiarazione delle singole leggi, le quali restano disgregate ed affatto indipendenti l'una dall'altra. « Questo metodo esegetico venne in fiore col Cujacio, anzi si può bene affermare che giunse al suo termine in questo chiarissimo ingegno. Il Cujacio è quasi il genio della esegesi. Egli non si eleva ancora a nulla di dommatico nelle sue trattazioni; e si potrebbe dire per fino che ci manchi affatto anche di memoria dommatica. Spesso, prendendo a dichiarare un passo, ei dice appunto l' opposto di ciò che disse sullo stesso proposito comentando un' altro luogo. Nè questa è già un'accusa per chi professa esegesi: egli si vive come in poligamia coi passi presi a dichiarare: ogni passo che gli si presenta, e per quel tempo solamente che gli sta dinanzi, attira a sè tutta quanta l' attenzione e la mente di lui (1) ». Ma una terza maniera di esegesi venne a raggranellare il sapere giuridico, sparso come testè abbiamo notato.

Innanzi, i princípi giuridici, gli argomenti ed il ragionamento degli scrittori, servivano tutti a sporre la legge presa a comentare: in questa ultima maniera di esegesi, per contrario, abbiamo che le leggi romane servono a provare la teorica di giure, che l'autore viene formando. Ei non è più quistione d'intendere il valore di ciascuna legge, nè il campo entro cui avesse vigore: lo studio del diritto romano in questa terza età dell' esegesi ci si mostra giunto a tal punto da presentare una chiara nozione, non più di tale o tale singola

(1) D.r Ed. Gans, System des roemischen Civilrechts in Grundrisse — Berlino 1827 p. 150.

legge, ma di tutto un rapporto giuridico, a cui regolare servivano le singole leggi. Gli autori di questo periodo veggono ciò che à di sustanziale un tale o tale altro rapporto giuridico: le loro trattazioni sono indirizzate a darne una dommatica sposizione. Le singole leggi vengono qui in compruova del domma o della teorica esposta dallo scrittore. E siccome innanzi il sapere giuridico dello scrittore serviva a dichiarare le singole leggi, ora le singole leggi servono a compruovare la teorica posta in luce dallo scrittore. Già il Donello contrappone al Cujacio quest' ultimo indirizzo dommatico dell' esegesi, il quale, venuto sempre in pregio maggiore, è stato seguito gloriosamente dagli Olandesi. E le molte dissertazioni giuridiche che tuttavia si vanno facendo anche in Germania, e spessissimo in latino, intorno a singole teoriche del diritto romano, appartengono per lo più a questa maniera di esegesi, dalla quale lo studio della nostra disciplina à tratto un profitto assai segnalato (1).

Se ora noi ci facciamo a considerare ciò che ci à di intimo nel corso di questo periodo, che abbiam notato come periodo di riflessione, troveremo che dapprima la mente si ripiegò sul corpo del diritto romano, considerandolo come alcun che di classico, e studiandolo indistintamente per tutti i suoi lati. Dappoi questo studio si venne facendo più di presso e speciale alla materia del diritto: e la mente dei pensatori riversava quasi al di fuori la sua sapienza giuridica, facendola servire a dichiarazione delle leggi obbiettive. Da ultimo il sapere giuridico degli autori, quasi ricondotto in sè stesso, si condensò dallo sperperamento in cui era, ed elevò dommaticamente singole teoriche di diritto positivo. A tal punto la esegesi aveva prodotto

(1) V. Gans. Op. cit. p. 151 e seg.

il suo frutto: ma l'alimento che la scienza ne prese le rinvigorì nuova vita, al cui sostegno e maggiore svolgimento il metodo esegetico era fatto ormai infecondo.

È questa la condizione necessaria di qualsivoglia maniera di progresso: il fatto di un grande uomo, il passo dato in una disciplina, produce il suo frutto allorchè si offre scabello al passare oltre: quel passo, quell'uomo è pesto e sopravvanzato: ma fu pure uno scalino necessario; e con questa gloriosa assisa rivive per sempre nello svolgimento della coscienza infinita. L'ultimo fatto, ed importantissimo del periodo riflesso della nostra disciplina, si fu la costruzione della teorica. Ora siccome le singole leggi romane si vennero raggranellando ed aggiunsero un grado d'idealità nelle singole teoriche, talmente del pari le singole teoriche, disgiunte fra loro, avevano a raggiugnere la loro idealità, componendosi insieme in un ordinamento scientifico. Ma collegare le singole teoriche, mostrando per qual rispetto esse formino un solo tutto, è lo stesso che ricercare di queste teoriche il nesso intimo, che di tutte quelle formi una trattazione sola. A questa meta non è possibile di appressarsi senza mirare ad un nesso logico, il quale ponga la sua necessità razionale in cambio della materiale giustaposizione, sia delle leggi, sia delle teoriche disgregate. Questo compito fu fornito dalla nostra disciplina passando parimenti per tre stadi successivi: quello in cui questo nesso logico si pone immediatamente, siccome identità inconsapevole della filosofia del diritto e del diritto positivo: quello in cui la disciplina positiva del diritto si contrappone alla filosofia del diritto, affermandosi come da questa affatto distinta; quello in cui si pronunzia la suprema riconciliazione della disciplina speciale e della filoso-

fia, consapevoli amendue della loro identità e della lor differenza.

Un grande uomo soleva a mo' di paragone mostrare il logico corso dell' idea anche nella vita naturale dell' albero. Vedete l'albero, diceva egli ai suoi discepoli: nel seme ci sta già tutto racchiuso fin da principio. Di poi sbuccia da terra e vien mettendo foglie e rami, i quali ce lo mostrano come affatto diverso da quella sua povera origine. Ma da ultimo tanta ricchezza di rami e tronchi e verzura produrrà un frutto, meta di tutta quella lunga vegetazione: e questo frutto non è null'altro, che un seme identico di nuovo alla sua prima natura. Parimenti la nostra disciplina nel suo primo periodo scientifico ci si mostra in una unità povera ed inconsapevole con la filosofia del dritto. La filosofia di Cristiano Wolf compiva, nei suoi tempi, un ufizio della cui importanza ci è valido attestato il lungo imperio della scuola wolfiana. La filosofia del Leibnitz, che in tutte le sue parti non valicava il campo della metafisica dell' intelletto, acquistò nel suo seguitatore un elemento novello, il quale, quantunque sembrasse di levissimo pregio, pure avea quello non punto lieve di rimenare la filosofia dal campo della pura metafisica in quello ancora della filosofia pratica. Il Wolf non aggiugneva nulla alla parte speculativa, che anzi, con intellettive suddivisioni e con un procedere matematicamente, la rendeva ancor più rigida ed immobile che non l'avea prodotta il suo autore. Egli tenne fermo alla Monodologia ed alla Teodicea, aggiugnendo per sua parte a questo contenuto filosofico un alcun che di empirico, tratto da' sentimenti, dalle tendenze e dagli istinti umani. Ma, come accade sempre dell' empirismo in qualsivoglia sua forma, queste tendenze e questi sentimenti, che si dicevano umani, erano le

tendenze ed i sentimenti del tempo del Wolf; erano i concetti che dominavano allora. Le quali giunte empiriche, se nella logica e nella metafisica wolfiana s'innestavano quasi come un soprassello alla dimostrazione teoretica, nelle opere di filosofia pratica (fra cui è il diritto di natura) formavano il fondo istesso del libro, cui l'ordinamento sistematico s'imponeva di fuori, anzi come partizione intellettiva che come legame logico. Ma se è vero che la filosofia del diritto altro non è che la parte intima e razionale del dritto positivo di tutti i tempi e di tutti i luoghi in ciò che à di logico ed assoluto; la filosofia del diritto de' wolfiani, togliendo a contenuto i concetti empirici de' suoi tempi, doveva necessariamente tornare ad una parziale astrazione intellettiva del dritto positivo dominante nell'epoca. Ciò vuol dire ch'ella prese un contenuto, il quale, quantunque formalmente si disfrancasse dalle speciali limitazioni di una speciale legislazione, pure in fondo non era altro che l'astrazione di questa. La generalità razionale fu puramente formale pel dritto naturale de' wolfiani; i quali, quando al fondo, rimanevano suggetti ai concetti empirici dell'epoca, e però limitati entro lo spazio ed il tempo.

Parimenti i giuristi positivi, per ridurre ad insieme scientifico la materia della lor disciplina, improntavano a questa filosofia del dritto le partizioni e le categorie, presentando, quanto al fondo, il risultamento de' concetti dell'epoca in fatto di dritto positivo. Ecco a che modo il medesimo nostro a. espone i risultamenti di questo primo periodo: « Come la metafisica de' wolfiani tolse a principio, senza altra critica, i concetti dominanti in quel tempo, così il dritto di natura di questa scuola si tenne pago ad ordinare solamente i concetti del tempo intorno al di-

ritto, senza farsi punto a mostrarne la necessità intima. Nè altrimenti nel diritto positivo procedendo, non si prese ad investigare di presso nè il diritto romano nè il diritto germanico, per cavare da tale studio i concetti giuridici propri di questi popoli. In cambio di ciò, si cercò di vestire la materia giuridica romana o germanica della forma dei concetti dominanti nell'epoca. Il prodotto scientifico di questa scuola fu però un diritto naturale che conteneva diritto romano e diritto germanico, quali li rappresentava la pratica del tempo; e un dritto romano ed un dritto germanico, i quali e per la forma e per il contenuto non erano altro che il dritto naturale della scuola wolfiana. Ciò che ci à di vero in questo modo di trattazione si è, che in fondo s'informava di questo pensiero: che il razionale non istà di rincontro al reale, che anzi è reale: ciò che ci à di erroneo si è, che, in tal guisa procedendo, si faceva per arrestare il razionale frà vincoli e confini di finite astrazioni dell' intelletto (1) ». Una pruova lucentissima che il prodotto della scuola wolfiana fosse questa immediata e povera unità della filosofia del diritto e della positiva disciplina del giure, ci si mostra vivissima nell' Einneccio. Questo scrittore sentì il debito di farsi maestro in una volta e di metafisica, e di dritto naturale, e di dritto positivo. Quanto sia vero che egli abbia posto per contenuto del suo dritto naturale, oltre alle psicologiche intramesse, gli schemi astratti del dritto romano dominanti nel tempo, e per ordinamento scientifico del diritto romano positivo null'altro che le categorie del suo diritto naturale; è notissimo massimamente a noi, i quali fin' oggi in pubbliche o pri-

(1) Gans, Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwickelung — Berlino 1824. Preamb. pag. 7-8.

vate lezioni siamo stati ammaestrati sempre sui volumi dell' Einnecio.

Ma mentre questo illustre scrittore dall'un canto tien fermo alla scuola cui appartiene, dall'altra banda è quasi presago della via novella in cui era per entrare la giurisprudenza. Egli sentì che l'antichità romana e certa notizia di quella storia tutta dovesse venire in ausilio all'intelligenza di quel dritto. Ma questo pensiero, anzi che mostrarsi con chiara coscienza, traspare inconsapevolmente dalle grandi opere dell' Einnecio. Lo studio del dritto romano doveva ora spogliare quella parzialità in cui si trovava; voglio dire, che il dritto romano del secolo decimottavo aveva a diventare diritto romano di Roma. Solamente quando questo passo fosse dato, tornava possibile di segnare l'intimo legame di tutta la storia, e di notare come sia uno e continuo lo svolgimento del diritto in tutte le età del mondo.

Poco innanzi togliemmo quasi a paragone del logico corso dell'idea la vita ed il naturale svolgimento dell' albero. Ci parve di ravvisare quel primo seme, già capace di tutto l' albero ed inconsapevole della sua forza, in quella prima identità inconsapevole ancora essa, in cui per la scuola wolfiana si palesavano convivere insieme la filosofia del dritto e la disciplina del dritto positivo. Ma allorchè prendemmo questo paragone, notammo ancora che lo sbucciare e metter foglie dell' albero lo manifesta di fuori come affatto dissimile dal suo seme. Il periodo della nostra disciplina, ov'ella rompe dalla unità immediata, in cui era con la filosofia del diritto, e prende a percorrere una via a sè propria, si assomiglia nel nostro proposito all' infrondare dell'albero.

Chi prendesse a studiare l' uomo presupponendo la vita, facilmente potrebbe porre a disamina i sensi e la parte fisica, e la coscienza e la parte mora-

le, considerando queste parti siccome momenti del *tutto*, disgiunti solo dall'intelletto e dalla analisi. Per chi si ponga all'opera con questo pensiero, quelle parti non sono altrimenti vere, se non in quanto si compongano insieme e formino tutte una cosa sola, la vita. Chi per contrario, studiando taluna di queste parti, non abbia più in mente il loro insieme, e tanto vegga quanto tocchi, dovrà necessariamente riuscire a negare l'altre parti che non gli occorrono, se voglia stare al martello del ragionamento; ovvero, se non gli dia l'animo di negare ciò che pur si vede, non potrà riconoscerne l'esistenza, se non spiccando un salto mortale. L'abisso ch'ei non potrà mai colmare è appunto il legame ed il passaggio dall'una all'altra di queste parti, che, così considerate isolatamente, non avran mai virtù di presentare. La statua sensitiva non potè mai ragionare, come pure la ragione astratta non potrà mai giugnere a sentire, se per la verità di questa non si presupponga la vita di fuori, e per la idealità della vita di fuori, non si presupponga la ragione. Non di meno, comechè tale sia il vero, la mente umana nol potrà tutto apprendere, che prima non l'abbia studiato a parte a parte. Ma questa analisi, che è periodo di transizione necessaria, ricercherà per tal guisa un elemento del vero a spese dell'altro, che non dubiterà di negare. Ad una coscienza superiore è serbato di raccogliere insieme tutte queste parziali ricerche, tutte queste esclusive affermazioni; e ciò facendo, col raccoglierle ed affermarle tutte quante esse sono, resta di per sè tolto di mezzo e negato ciò che ciascuna di esse, isolatamente considerata, negava delle altre.

Ora questo periodo di analisi è fornito nella nostra disciplina dalla *scuola storica*, la quale corrisponde alla filosofia critica. Disgiunti il reale ed il razionale, sono ricercati nel campo proprio con una diligentissima

analisi da' giuristi storici da un canto e da' filosofi kantiani dall' altro.

La filosofia di Emmanuele Kant dette l' ultimo crollo al wolfismo, che fino al levarsi del filosofo di Koenisberga teneva tuttavia il pensiero degli Alemanni, siccome lor filosofia popolare. Quel misto di speculazione e di empirismo, onde si componeva la filosofia del Wolf, fu segno al criticismo kantiano. I wolfiani ragionando affermavano come veri in sè stessi gli obbietti ed i risultamenti delle loro ricerche, senza inchiedere in prima qual fede meritasse il ragionamento loro. Gli era, a dirla col linguaggio forense, una quistion perentoria quella cui andava suggetta la metafisica di tali filosofi. Ed il Kant, prendendo per iscopo del suo capolavoro la critica della facoltà conoscente, pose dinanzi a' wolfiani la tremenda quistion perentoria. Prima di prendere a conoscere checchessia, diceva egli, bisogna studiare quale e quanta sia questa facoltà del conoscere. E poichè noi giugniamo ad affermare tal cosa come vera la mercè di questa facoltà conoscente, ei ci converrà, prima di riposare sulla certezza della nostra affermazione, farci a studiare quale sia la natura e la capacità di questa facoltà, che è nelle nostre mani come l'istrumento onde ricerchiamo il vero. Il quale studio preliminare è di grande importanza per non inciampare a ritenere come qualità della cosa ciò che forse potrebbe essere l' effetto dell' alterazione prodotta dell' istrumento (1). A compiere questo assunto, il filosofo toglie ad obbietto del suo conoscere e delle sue considerazioni la ragione istessa, in quello ch'essa si fa a considerare ed a conoscere gli obbietti di fuori. E, popolato tutto un mondo di questi fatti interiori, non sa

(1) Kant. Kritik der reinen Vernunft-Preambolo p. XVIII-XIX.

affermare che il di fuori sia in sè stesso quale la ragion pura (che è ciò solo ch' egli conosca) ce lo ritrae. Posto per questa via il Kant nega ogni obbiettività alle determinazioni della metafisica wolfiana, e mostra com' esse appartengano solamente al pensare subbiettivo. Le opere di Emmanuele Kant, dice il filosofo di Berlino, ritraggono la storia de' fatti della ragione individuale: esse sono un' ottima introduzione allo studio della filosofia; ma erra assai chi le volesse considerare siccome la filosofia istessa. Non di meno quella ricchezza di fatti psicologici non poteva essere studiata se non versando su quello argomento solo tutta la mente. Ma ciò fu alle spese del mondo di fuori, il quale restò trascurato, anzi affatto negato in grazia della ragion pura. I fatti non ánno niuna importanza in sè stessi pe' kantiani: in filosofia del dritto essi riescirono a costruire lo Stato *a priori*, non punto quale era nè quale fu, ma tale che meritasse, a dir loro, di essere.

Mentre così dall' un canto i filosofi sconoscevano i fatti per istudiare la ragion pura, i giuristi positivi della scuola storica dall' altro, seguendo lo stesso metro in altro tuono, sconoscevano la ragione per istudiare i fatti. Siccome i kantiani opponevano alla metafisica wolfiana che, prima di porre come veri de' trovati della ragione, si dovesse studiare quale sia la ragione essa stessa; parimenti i giuristi storici opponevano ai wolfiani che, prima di creare un sistema del dritto romano, si avesse a studiare quale fosse il dritto romano in sè stesso. Si studi la storia, si ricerchino le fonti del dritto: questo fu il motto costante ed invariabile della scuola storica. Ciò che ci è di vero in questa profession di fede si è, che il diritto (sendo il motore e la conseguenza insieme della storia istessa di un popolo) si manifesta talmente con questa com-

penetrato che non ci à verso di giugnere ad esatta notizia dell'uno senza rivivere nell'altra. Quanto adunque al lavoro del giurista erudito, il quale studii il dritto non più come cosa viva, ma siccome un elemento principale e sintetico di un'epoca trascorsa, i giuristi storici colpivano al segno. Ed anche il fondatore della scuola filosofica non solo il concesse, ma dimostrò coi fatti quanta diligenza convenga porre a ricercare nella storia di un popolo passato il suo dritto positivo. Ciò che ci à di parziale e di erroneo nel sistema di questa scuola fu l'effetto del negare ch'essi fecero ogni elemento razionale, in grazia della realtà de'fatti storici. Siccome i filosofi kantiani riprendevano ne' wolfiani l'empirismo in metafisica, sì parimenti i giuristi storici riprendevano ne' loro predecessori il filosofismo in giureprudenza. Quindi innanzi diventò come la parola dell'anatema il dire ad un giurista ch'ei pizzicasse del filosofo: gli era lo stesso come gli si dicesse ignorante; perciocchè le costruzioni astratte de' wolfiani eran tenute come il parto della filosofia; ed in effetti i giuristi wolfiani mancavano della notizia precisa della storia. Però mentre da un canto i kantiani poco curavano la realtà de' fatti, per porsi con tutta la mente a ricercare le categorie della ragion pura; i giuristi storici d'altra banda dettero le spalle alla ragione, sperando unica via di salute nella realtà de' fatti. Collocati in questi confini, è facile intendere ch' essi non potevano estimare nè niun sistema, nè per fino niuna teorica di dritto positivo, quando lor mancasse una storia già *condita* ove potessero prendere l' unico lor criterio. Il nostro a. dice su questo proposito, « io non so bene se la essenza della scuola storica consista nella teoria di negare il presente, o nella pratica di riandare il passato (1) ». Certamente tutti

(1) Gans, System p. 159.

abbandonarono il presente ed emigrarono nel passato, fermando lor case nel medio evo, se avevano a trattare di dritto germanico; nell'antica Roma, se di dritto romano. Il presente, come quello che non ancora era fatto storia *condita*, non poteva per niun verso nè contenere nè presentare il dritto: gli era forza però di pescarlo nel passato (1). Ma ciò facendo essi dimenticavano che il diritto, non che dimorare nel presente, è il presente istesso: rincacciarlo nel passato è minacciare sustanzialmente la sua vita; gli è distruggerlo affatto siccome dritto (2). Non di meno i lavori della scuola storica ánno grandemente arricchito la materia della scienza. Ei si potrebbe dire di questi, ciò che l' Hegel disse de' libri del Kant: sarebbero un' ottima introduzione allo studio del diritto positivo.

Questi lavori si possono distinguere in tre ordini: la ricerca delle fonti e la loro esposizione; la critica storica; l' ordinamento ed il sistema storico. Queste tre specie di lavori non si possono così recisamente l' una dall' altra dividere che nell' una non si ravvisi vestigia dell' altra. Ne' lavori intorno alle fonti ben si scorgerà alcunchè di critica ed un ordinamento qualunque, e viceversa. Ma questo si può ben ravvisare, che ciascun lavoro di questa scuola s' indirizza o alla ricerca delle fonti, o alla critica storica, o allo storico ordinamento. In qualunque di questi tre ordini di lavori, non di meno, questa scuola non potette valicare i limiti intellettivi in cui s'era rinchiusa. Nella sposizione delle fonti non occorre altro ragionamento, se non quello intorno alla genuinità de' testi: l' ermeneutica ordinaria qui è bastevole, nè fa avvertire il voto del sistema. I lavori critici si ele-

(1) V. Gans op. cit. p. 156.
(2) ib. id. p. 157.

vano ad una ermeneutica superiore, quella del nesso causale de'fatti storici tra loro; e talvolta storicamente assegnano il motivo della legge (1). I lavori sistematici e d'insieme non riconoscono altro legame se non quello del fatto e della cronologia. Gustavo Hugo, e coloro che il salutarono egregio campione della scuola capitanata dal de Savigny, tennero fermo a questa sentenza: « La scienza del dritto è la sua storia ». Ma questa affermazione, non giusta nel senso che le dánno gli autori della formola, è d'altra banda verissima nel senso più largo, che le si dette di poi. Tutto il sapere è identico con la storia del sapere: solamente che la storia di tutto il sapere, come parimenti la storia di tutto il diritto, non si fermano in uno spazio circoscritto ed in un tempo determinato. Una trattazione storica qualunque giugnerà a verità e ad idealità compiuta quando, fattasi al di sopra di uno spazio e di un tempo circoscritti, abbraccerà nella sua ampiezza tutto quanto è, per quel rispetto, lo svolgimento dello spirito umano. Egli riandando il suo corso, notando la sua stessa dialettica, onde è venuto a coscienza assoluta della sua essenza spirituale; scorgerà insieme qual sia il suo essere e quale la sua ragion di essere; i suoi fatti e la sua logica.

I risultamenti presentati dalla scuola storica sono di natura identica a quelli della filosofia kantiana: entrambi sono animati dallo stesso principio, il criticismo. Il razionale ed il reale, palesatisi in una inconsapevole unità nella compenetrazione in cui stavano la filosofia e la disciplina del giure appresso i wolfiani, avevano in questo secondo periodo a disgiungersi ed a reputarsi come contrarii. Non di meno, anche in questa apparente contrarietà, le due scienze

(1) Confr. Heg. Op. vol. 8. §. 3.

obbediscono ad un'idea sola ed identica; l'analisi propria di ciascuna. Che i filosofi sien riesciti alla ragion subbiettiva astratta dal di fuori, ed i giuristi positivi ai fatti esteriori astratti dalla ragione, è questa una necessità dello spirito analitico, che animava amendue gli ordini di pensatori. L'analisi disgiunge e notomizza l'immediato su cui si ripiega, senza levare lo sguardo oltre: il coltello anotomico ricercherà tutte le parti del corpo, ma non troverà mai nel suo taglio la vita. Ora l'immediato dell' elemento razionale è la ragion conoscente in sè stessa; l' immediato dell' idea del dritto sono i fatti giuridici. Però i filosofi restavano notomizzando il me pensante; i giuristi, notomizzando un determinato giro di fatti storici.

Ma questo doppio criticismo rimaneva quasi infecondo insieme di valore ideale e d' importanza pratica. Il principe de' filosofi moderni disse poverissima la metafisica kantiana. Similmente gli studi della scuola storica tornarono a mera pompa di morta erudizione. Ai pratici, pel cui ministero si esplica la vita spontanea del dritto, tornavano sterili di utilità nell' uso forense; ai giuristi filosofi, i quali di que'fatti chiedevano la ragione, riescivano poveri di sapienza. Chè tant' oltre la scuola storica sbandeggiava ogni elemento altro da quello de' puri fatti, che, mentre accoglieva nel suo seno uomini di mezzano valore, respingeva due dottissimi giuristi, lo Zimmern ed il Muehlenbruch (1), forse perch' ei si attentavano di costruire dai fatti storici un concetto razionale. Tuttavia se la scuola storica manca di grande importanza, a volerla considerare per la sua utilità immediata sia nella pratica sia nell' insegnamento, à poi importanza grandissima quando la si consideri siccome uno sca-

(1) V. Gans System p. 161.

lino necessario del sapere per giungere a luce di verità. La scuola storica esprimeva questo vero, che, senza incarnarsi ne' fatti, la scienza si rimane vota astrazione. Essa presentava, come simbolo dello studio di tutta la storia e di tutto lo svolgimento del dritto, un pezzo solo della storia, una faccetta sola del dritto positivo. Un altro passo si preparava dopo i lavori diligenti dei giuristi storici. Comprendere e raggruppare insieme non più un frammento della storia, ma la storia tutta; ricongiungere siffattamente qualche fatto a tutti i fatti ed insieme alla ragione, a questa madre e figliuola delle genti umane; quest'altro passo segnar doveva in breve la nostra disciplina.

Già il Vico aveva indicato come i vari momenti di una nazione, le varie epoche della sua storia, formino un tutto solo logicamente condotto dalla mano della Providenza; e come il diritto contenga un solo principio atteggiato variamente nel tempo. Già il Montesquieu aveva mostrato come e la geografia e la religione e l'arte e il dritto sieno gli elementi onde si compone ciascun popolo, e come l'una di queste sue facce non possa stare nè essere pienamente intesa senza le altre. Già l'Herder, mirando in uno tutte le genti umane, aveva cantato di quella *storia ideale dell'umanità*, che il Vico presentiva qual compimento della sua scienza nuova. Ed in coteste tre gagliarde sospinte de' tre grandi uomini si vede che la scienza era assai presso a dare alla disciplina de' fatti quel bacio di suprema conciliazione, che il Vico dommaticamente indovinava come non lungi, quando preconizzava la riunione della filosofia e della filologia. Intender le leggi e le loro teoriche non era possibile considerandole, come faceva la Glossa, digiunte fra loro: or-

dinare ad un tutto organico le teoriche del giure non era possibile considerandole, come facevano i wolfiani, astratte dalla storia de' tempi cui quelle leggi appartenevano: ravvisare l'unità razionale del diritto e però la sua idealità non era possibile mirando, come facevano i giuristi della scuola storica, un sol punto della storia, una sola scena di questo dramma eterno dello svolgimento dello spirito. E cotesto debito di rivolgersi alla storia tutta per ravvisarvi l' unità e la essenza del diritto fu tosto sentito e confessato. Un sommo giurista positivo, salito all' estremo limite della scuola storica, annunziava l'avvenire della special sua disciplina con queste parole: « Ei non è punto vera e viva storia del diritto quella, che, posta entro l' angusto orizzonte della storia di un popolo, ne vada pelando meschinamente ogni minuzia, simile in tale micrología alla dissertazione di un gran pratico intorno all' *et caetera*. Siccome a que' viaggiatori europei, che vogliono ricevere forti impressioni ed essere scossi profondamente, bisogna consigliare di cercare l'acquetamento del lor desiderio fuori di Europa; sì parimenti le nostre istorie del diritto per farsi veramente prammatiche dovrebbero comprendere le legislazioni di tutti gli altri popoli antichi e moderni. Dieci prelezioni dettate con giudizio intorno alla costituzione giuridica dei Persiani e de' Cinesi desterebbero ne' nostri studiosi assai più vero senso e gusto giuridico, che non cento lezioni su tutte quelle miserabili minuzie, che si studiano intorno a' mutamenti della successione intestata da Augusto fino a Giustiniano ».

Queste parole, quasi presago dell' avvenire, le pronunziava il Thibaut, fisando lo sguardo su uno de' suoi giovani uditori. Il giovane, più degli altri tutti, a queste parole mostrava dai vividi occhi l' amore della scienza e l' ardire e quasi l' impromessa di re-

carle ad atto. E chi era questo giovane, in cui si poneva l'avvenire della scienza?

II.

Eduardo Gans nacque in Berlino a 22 di marzo 1798. Di buon'ora attese agli studii primari nel Ginnasio della sua patria, donde uscì per passare ai gradi accademici. In prima presso l'università di Gottinga e di poi presso quella di Eidelberga egli ascese alla dignità dottorale intorno al suo vigesimo anno. Qui s'indirizzò specialmente al diritto, con quella diligenza e con quel profitto, che incontra solamente in quei privilegiati, i quali, oltre alla ventura di sortire un ingegno gagliardo, ánno quell'ancora, figlia de' casi e delle condizioni de' luoghi, d'indovinare fin dagli anni freschi la via, che dovrà poscia condurli alla meta di tutta la lor vita. Egli udì assiduamente le lezioni del Thibaut, la cui parola già dalla cattedra faceva sentire come la disciplina del giure oggimai non più si tenesse paga entro i confini, postile dalla scuola storica. Eidelberga fra tutta la Germania dotta, fedele alla sua tradizione, risplendeva anzi come aula degli studi positivi ed eruditi, che come madre di ardite speculazioni della mente (1). Laonde il nostro giovane studioso potette quivi senza distrazione raccorre quel tesoro di conoscenze e di fatti, i quali, ordinati e vivificati di poi da' princípi razionali, possono soli dare alla scienza filosofica tutta quella verità e ricchezza, che risponda alla sua nozione. Talmente Eidelberga nella Germania dotta della prima metà di questo secolo era come la classe di umanità, donde il giovane usciva bene apparecchiato ad entrar tra' filosofi. La

(1) V. Rosenkranz, Hegel's Leben — Berlino 1844 p. 29 5 312.

università di Eidelberga preparava, compiva quella di Berlino: la quale, ad onta de' nobili sforzi di Re Ludovico di Baviera per porre in Monaco la più splendida università tedesca, rimase pur sempre la magione prediletta della filosofia (1). Ed il giovane giurista, lasciando Eidelberga, ritornò dotto e dottore alla sua Berlino, per riceververi quel soffio animatore di scienza, ond' egli avea in breve a riuscir caposcuola.

Ecco come si può riassumere il corso degli studi suoi: generalità prima al Ginnasio; voglio dire, elementi di storia e di antichità, greco e latino, ed elementi di filosofia e di diritto: specialità in Eidelberga, cioè studio profondo del diritto positivo e della storia: generalità ultima in Berlino, cioè il diritto e gli studi speciali ricondotti da' fatti a' princípi, da storia a logica, da giureprudenza ad applicazione filosofica.

Berlino, per l'opera del ministro della istruzione pubblica Altenstein, raccolse come professori gl'ingegni più eletti della Germania tutta, e come uditori il fiore de' giovani e degli uomini non pur tedeschi, ma dell' intera Europa. Questa università, ove la filosofia aveva il massimo culto, mostrava chiaramente come questa scienza sovrana informi e moderi il tenore e l'indirizzo di tutte le altre. Alla cattedra del Fichte era stato eletto, con autografa dell'Altenstein, Giorgio Guglielmo Federico Hegel, il quale già reggeva la cattedra di filosofia in Eidelberga, ma come in una terra di pellegrinaggio, e volto sempre con l' animo alla capitale della Prussia (2).

Gli era ben naturale che il dominio tenuto allora dalla filosofia sulle menti, avesse ancora una espressione esteriore, la quale esattamente raffigurasse di

(1) Gans, Rueckblicke auf Personen und Zustaende — Berlino 1836 p. 240 e seg.

(2) Rosenkranz op. cit. p. 316.

fuori quella razionale supremazia della scienza madre. Non andò lungi ed il professore di filosofia fu nominato rettore della Università di Berlino (1). Nè questo ufizio primario, onde fu rivestito il filosofo, rimase siffattamente ad infeconda esteriorità; che anzi il rettorato dell' Hegel, lungi dal fermarsi al semplice formale ufizio, diventò direi quasi un rettorato scientifico e morale. Uomini già gravi e chiari, e giovani già presso a diventar chiari; segnalandosi nella folla degli uditori del filosofo, furono eletti a professori delle scienze speciali in quell'aula. Siffattamente la scienza, questa eterna Fenice, passava dalla parola del filosofo nella coscienza degli uditori, e quindi, soffiata la vita nelle speciali discipline proprie a ciascuno di essi, ritornava con gli eletti alla cattedra, donde si riversava nelle menti degli apprendenti non più come filosofia pura, ma come filosofica trattazione di scienze speciali. Il filosofo rettore era il centro, cui formavan cerchio que' valorosi: essi prendevano in lui le premesse e le radici; egli vedeva in loro le sue illazioni ed i suoi frutti. E nel 1825 Eduardo Gans passò ivi dalla panca degli uditori in filosofia alla cattedra di professore di dritto, entrando così fra gli Henning, gli Schulz, i Marheineke, i Michelet, i Weisze, i Rötscher, gli Hoto, i Daub, i Baur, i Rosenkranz, gli Straus, i Valke, i Kapp, e tutta quella schiera di eroi, i quali ancor vivi e giovani án veduto i lor nomi registrati dalla storia della scienza.

Le opere di Eduardo Gans a me note sono: *Il dritto romano delle obbligazioni* 1 vol. Eidelberga 1819; *Scolii in Gajo*, 1 vol. Berlino 1821; *Sistema del dritto civile romano*, 1 vol. Berlino 1827; *Il dritto di successione nel suo svolgimento storico universale*,

(1) Rosenkranz op. cit. p. 409.

4 vol. Berlino 1824-1825, Stuttgard 1829-1835; *Scritti vari giuridici, storici ed estetici*, 2 vol. Berlino 1834; *Sguardi e considerazioni intorno ad uomini ed a cose* 1 vol. Berlino 1836: *Intorno al fondamento del possesso*, 1 volumetto Berlino 1839. Di queste opere già son fatte accessibili agli Italiani studiosi della nostra scienza le seguenti: gli *Scolii in Gajo* ed il *sistema del dritto romano* riassunti ed esposti da A. Turchiarulo, 1 vol. intitolato *Studi sopra Gans relativi al Dritto Romano*, Napoli 1854; *Il dritto romano delle successioni*, traduzione di A. Turchiarulo Napoli, 1 vol.; e del medesimo: *Studi intorno alle successioni in Italia nel medio evo*, Napoli, 1853; i quali due lavori comprendono il 2.° e breve parte del 3.° volume dell'opera in 4 vol. dell'a.: *Osservazioni intorno alla teorica del tesoro*, tratto dal 1.° vol. degli scritti vari dell'a.: traduzione di A. Turchiarulo, inserita nella Gazzetta de' Tribunali di Napoli n.° 925. L'*Amleto di Schakspeare* tratto dal 2.° vol. degli scritti vari dell'a.: e pubblicato in versione italiana nel n.° 9, anno 1.° 1855 di un giornale letterario intitolato *la musica*, il quale vedeva la luce in Napoli. Oltre a queste traduzioni già pubblicate, so che ci è un'accurata traduzione dell'opuscolo intorno *al Possesso* scritta da un nostro concittadino, la quale io faceva voti, in un altra occasione, di veder pubblicata.

Ora io, col desiderio di veder tradotte le rimanenti opere dell'a., presento agl'italiani giuristi il primo libro ch'ei dette alla luce. Che io sappia, e per quanto ne abbia potuto far ricerche, non ce ne sono altre traduzioni, nè se ne trovano agevolmente altre copie in tedesco. Tutte le traduzioni che abbiamo di questo a. sono napolitane: in Francia si è tradotto, ch'io sappia, solo una parte del suo 4° vol. *delle successioni*, inti-

tolando la traduzione : *Histoire du droit de succession en France, au moyen-age, par L. de Loménie*, Parigi 1845. Nè posso nascondere certa soddisfazione, notando che quasi tutte le traduzioni de' libri di questo altissimo pensatore sono napolitane: ciò potrebbe fornire una compruova di quello à scritto non à guari un altro nostro concittadino; che la mente de' nostri pareva acconcia a questa maniera di studi gravi.

Oltre a queste opere, l'a. pubblicò in Berlino, 1830 1832, degli scritti intorno alla legislazione prussiana; ma non mi è stato possibile di procurarmeli. Dettò inoltre regolarmente le lezioni dalla cattedra, e per alcun tempo intrattenne un uditorio di ogni ordine di persone con la sposizione della storia degli ultimi tempi nostri. Il calore e l'ingegno, onde era animato il suo discorso, e l'interesse che anche di per sè destava questa materia, tanto prossima agli uomini ed ai casi presenti, gli trassero un pubblico di ben mille e cinquecento uditori (1), fino all'entusiasmo plaudenti. Per ordine dell'autorità questi discorsi furono interrotti. Nel 1826 fondò il *giornale di critica scientifica*, noto come il capolavoro di questo genere di pubblicazione periodica. La mente e lo scopo di questo giornale era di trarre la critica scientifica dall'indirizzo negativo in cui si trovava ed in cui ricadde tosto che fu mancato il concorso de' valentuomini primi collaboratori. A raggiugnere lo scopo avuto in mente era mestieri di mostrare quanto sia arbitraria la critica di opere scientifiche fondata sul gusto e sulle opinioni individuali. E mostrare l'arbitrio di questo indirizzo non era possibile se non fermando delle premesse scientifiche obbiettive, onde si pren-

(1) Saint-Marc-Girardin — *Quelques Souvenirs sur M. Gans* — Parigi 1845 p. XI.

dessero le mosse per dimostrare il bene o il male dell'opera tolta a disaminare. Queste premesse stabili ed obbiettive eran poste dalla filosofia: l'Hegel dava il tono ed il tenore a tutta la schiera de'dotti, i quali, capitanati dal principe de' pensatori, diffondevano in questo giornale il sapere e faceanlo popolare pe'tipi del principe degli editori, il Cotta (1). In breve questo giornale fu generalmente noto come giornale hegeliano (2), quantunque il Gans e non l'Hegel ne fosse stato il fondatore. Ma tuttavia il giudizio del pubblico, intitolando dal nome del filosofo questa periodica pubblicazione, era affatto naturale; chè se è vero che ciascuna cosa mostra la sua nota caratteristica in ciò che à di intimamente proprio e vitale, era ben ragione che tale giornale scientifico si addimandasse da quella filosofia che tutta ne informava la vita.

Il Gans fu discepolo, amico e compagno dell' Hegel: ei lo chiamava suo maestro, protettore ed amico (3). Dopo la morte dell' illustre filosofo ei fu uno de' sette chiari uomini, che pubblicarono le opere del maestro. *La filosofia del dritto* e *la filosofia della storia* furono pubblicate per le cure speciali del Gans, il quale vi prepose due prefazioni scritte a 29 maggio 1833, quella preposta all' una, ed agli 8 di giugno 1837, quella preposta all'altra opera.

Questo ingegno precoce ed eletto ebbe la ventura di essere insieme sapiente nella scienza e dotto degli uomini e della vita: umano, socievole, conoscitore non pure de'suoi concittadini, ma de' Francesi e degl'Inglesi, presso i quali ed in Isvizzera e nel Belgio soggiornò per ben tre volte. Ciò gli perfezionò pratica-

(1) Gans Rueckblicke p. 215 e seg.
(2) Ivi p. 250.
(3) Gans Rueckblicke p. 228.

mente quel dilicato senso storico, che invano si attende dallo studio de' soli libri. I libri e gli uomini, la teorica e la pratica; ecco le due facce di una sola medaglia, la vita: fin quando esse restino digiunte, non perverranno mai a formare un uomo egregio.

Ed in effetti nel suo volume intitolato *Sguardi e considerazioni* ec. ec. ei si mostra insieme profondo osservatore e leggiadrissimo narratore. Questo libro, il quale contiene de'racconti sul genere di quelli che i Francesi chiamano *impressions de voyages*, aggiunge all'amenità di tali scrittori la profondità del pensatore alemanno.

Eduardo Gans morì professore di dritto della Università di Berlino a dì 5 maggio 1839 di 41 anni. Ma non era solamente il professore di dritto, che Berlino perdeva quel giorno: Eduardo Gans era diventato pe'suoi concittadini maestro ed amico, scienziato e tribuno. Quantunque allora Berlino non aveva ancora assemblea deliberante, Eduardo Gans trovò modo di destare lo spirito politico con le lezioni di Storia contemporanea, che con tanta eloquenza aveva dettate. Pochi anni ancora di vita, ed ei sarebbe stato eminente uomo pratico di Stato, come fu eminente giurista ed estimator della storia! E questo pensiero che una morte prematura strappava in quel giorno nefasto alla Prussia ed al mondo un uomo già celebre, il quale imprometteva di essere ai suoi contemporanei utilissimo anche nel governo dello Stato, come fu nella scienza; questo pensiero, io diceva, di profondo dolore fu espresso dalla folla di ogni ordine di persone, che trasse mestamente alle sue esequie. Non solo studenti, ma borghesi di ogni ordine e popolani e militari seguirono il feretro (1). Anzi questi

(1) Notice sur la vie et les ovurages de Gans, par M. Saint-Marc-Girardin. Paris 1845 p. XI.

ultimi e non gli scienziati avevano a rimpiangere veramente la perdita del grande uomo; perciocchè i tempi non avevan consentito a questo ingegno privilegiato di essere altro nel campo della politica, se non che una semplice speranza; laddove nella scienza, quantunque sì giovane, la sua vita era bastata a compiere la sua missione. Egli aveva già precisissimamente segnato la via novella della disciplina del diritto civile positivo; quella via, che succeder doveva all'altra già percorsa dalla scuola storica. La riconciliazione della disciplina speciale e della filosofia fu solennemente pronunziata dal nostro a.: la storia della scienza lo saluta fondatore della scuola filosofica (1).

Ecco a che modo l'a. chiudeva la breve necrologia dell'amico e maestro suo, morto ai 14 novembre 1831. « Ben presto i discepoli e gli amici adorneranno di un monumento il sepolcro del grande uomo. Ma rifarci di tanta perdita non potrà mai nessuno. Kant vide in sua vita sorgere Fichte, Fichte vide scintillarsi d'incontro l'ingegno giovane ed acuto di Schelling; Schelling vide levarsi accanto di lui l'Hegel, ed ora, ritrattosi per venti anni dalla filosofia, gli sopravvive (2). Hegel lascia dopo di sè molti valorosi discepoli ma niun successore. Con lui la filosofia à conchiuso il suo cerchio. Quindi innanzi il progresso della scienza non consisterà in altro che nel lavorare e rimaneggiare la materia, secondo quel metodo, che con la massima precisione e chiarezza ne spose l'egregio uomo irreparabilmente perduto (3) ».

(1) Ò tratto le notizie di questi brevi cenni biografici dai luoghi che son venuto citando e dal Conversation Lexicon. Lipsia 9.a Edizione.

(2) Schelling è morto il 20 agosto 1854.

(3) Gans Vermischte Schriften vol. 2.° p. 251-252.

Che ciò sia vero appare chiarissimo quando si considera che quello avevano di falso, e però di confutabile, i sistemi de' precedenti filosofi era appunto che ciascun pensatore, ciascuna scuola, aveva fatto coscienza di un lato della verità; e negando e combattendo gli altri lati tutti, affermava quell'un lato, tolto a studiare, come la verità tuttaquanta. Parimenti ciò che ciascuno presentava di vero si era lo studio e le notizie di quel lato. Ciascuno, confutando i precedenti, scorgeva una novella faccetta di questo diamante splendidissimo. Riandare ad una ad una queste mille e mille faccette, finchè tutte si avessero potute ravvisare, non più spicciolatamente, ma nel loro insieme, ecco la grande opera filosofica che lo spirito umano à compiuto dopo il giro di circa venticinque secoli (1).

Que' tempi e quelle menti, cui si palesa solamente ciò che ánno di negativo questi moltiplici lati, cioè l'esser molti e cozzanti, sono i tempi e le menti che pronunziano le scettiche sentenze. Ma allorchè lo stesso scetticismo è riconosciuto anch'esso come un'altra delle mille faccette, ei si vien collocando al suo posto necessario; ed, in cambio di apparire negativo e distruttore, si appalesa siccome un altro passo per cui lo spirito umano è giunto a comprendere il suo logico cammino. I tempi che seguono non veggono più ne' molti sistemi il lato lor negativo, sibbene vi scorgono la lor parte positiva, il loro intimo legame. Ed, assegnato a ciascuna faccetta il suo punto di vera luce, ciascuna è riconosciuta come una verità parziale; tutte insieme come la verità tuttaquanta. Vedere come tutti i sistemi logicamente si colleghino, vedere come ciascuno di essi è la conseguenza del precedente e la premessa del susseguente; scovrire ciò che vi è di ne-

(1) Hegel op. vol. 15. p. 608.

cessario nel seguirsi di tutte quelle faccette, comprendendo tutti i sistemi parziali in un generale sistema dei sistemi, è riconoscere il razionale nel succedersi del reale, e ravvisare la filosofia nella storia ideale del pensiero. Prendere a confutare questo sistema sarebbe negare la Providenza come anima della storia, e ritornare ad uno di quegli stadi inferiori, i quali erano rinchiusi ne' limiti del tempo e dell' intelletto finito. Riconosciuta la storia tutta in qualsivoglia ramo come il proprio svolgimento dell' idea divina, il razionale si appalesò come identico col reale, per modo che la storia di questo, e la logica rivelata in questo divenire nel tempo, formano la scienza. Ora poichè *il razionale è reale*, *ed il reale è razionale*, il logico *divenire* di quello è il proprio *riconoscersi* di questo. Questo logico divenire forma il metodo assoluto. Aver dichiarato questo metodo è il massimo merito che la storia della filosofia riconosce all' Hegel (1). Ed il metodo, stato la meta degli sforzi di tutti i precedenti sistemi, non poteva ivi riuscire se non ad un trovato individuale e parziale, come parziali erano le verità filosofiche che il sorreggevano. Laonde nell' ultimo grande pensatore esso acquista quella obbiettività e necessità che solo poteva rinvenirsi quando il metodo si fosse mostrato siccome la esteriorità necessaria di tutto lo svolgimento logico della ragione, e però identico col suo contenuto.

Siccome il lato formale dell'idealismo assoluto è il metodo assoluto, sì parimenti il suo lato materiale è il sistema assoluto delle scienze filosofiche. Questo sistema, in cui vengono a rassegnarsi al lor posto tutte

(1) V. Michelet Entwickelungsgeschichte der neuesten deutschen Philosophie — Berlino 1843 p. 243-249.

le scienze, segue quel logico corso, onde la ragione universa giunge ad assoluta coscienza di sè medesima. Il pensiero filosofico ritorna su tutti i fatti della ragione e ne ricerca l' intima necessità e connessione. E primamente ricerca questa logica connessione nelle determinazioni astratte dell' idea, formandone la scienza della logica: di poi la ravvisa nel mondo naturale, nell' opposto dell' idea astratta, e forma la filosofia della natura: da ultimo saluta questo identico corso logico nel mondo dell' umana coscienza, e ne forma la filosofia dello spirito. In quest' ultimo e concretissimo gruppo di fatti la scienza prende a farsi coscienza del logico corso, onde la ragione à fatto coscienza; in altri termini, del logico cammino onde lo spirito umano è venuto a consapevolezza della sua essenza spirituale. E qui nuovamente, dopo di aver percorso le determinazioni astratte dello spirito, quasi considerato in sè stesso, ci si mostra il suo farsi esteriore negli atti umani, ne' fatti obbiettivi degli uomini, in que' fatti che sono il prodotto della libera volontà. E questa libera volontà, tendendo del pari a giungere alla sua massima spiritualità, comincia a mostrarsi nella più grossa nozione di proprietà, e si eleva a mano a mano alla più spirituale forma di moralità assoluta. Da questo punto, da questa esteriorità dello spirito, ravvisata nel campo del dritto, esso giungerà a coscienza assoluta di sè medesimo nell'arte, nella religione e nella scienza. Ma noi, restringendoci nel subbietto nostro, lasceremo ogni altro argomento, e ci fermeremo ancor poco altro alla filosofia del dritto, onde partiva ed a cui si ricongiungeva il nostro autore.

» Il pensiero è la sustanza delle cose « dice l'illustre espositore » ; « ora quando egli si pone siccome fonte della realtà delle cose, il pensiero si tramuta in

volontà, ovvero spirito pratico. Lo spirito pratico, considerato siccome volontà sensitiva, tende a soddisfare questo o quello istinto naturale, ma, considerato come arbitrio, è libero nella scelta del modo di soddisfare questi varii istinti. Pure fin qui non à raggiunto ancora la vera libertà, perciocchè in questo stadio rimane sempre dipendente da un istinto. La vera libertà consiste a volere, anche nell'istinto, non più l'istinto, ma la libertà; consiste a contemplare teoreticamente la ragione come sustanza delle cose anche ne' traffichi pratici della vita. Questa volontà razionale è la libertà, che vuole la libertà.

» Siffattamente lo spirito è diventato spirito obbiettivo. Esso, come volontà che vuole la libertà, è *persona;* e la esistenza, che prende la volontà libera, è il *diritto.* La esteriore esistenza del dritto in una cosa è la *proprietà.* Allorchè l'arbitrio di una persona, che non sia il proprietario, entra in mezzo a statuire con questi intorno alla proprietà, abbiamo il *contratto.* Ma quando l'arbitrio, assumendo la forma del delitto, lede l'esistenza della libertà, con questo fatto eleva a principio che anche la propria libertà possa esser violata. Sicchè la legge del taglione riconduce la volontà ingiusta al *sentimento del diritto.* Siffattamente l'individuo giunge a coscienza del dritto, siccome di una libertà ristabilita mercè la negazione della esteriore sua esistenza: però l'esistenza della libertà non istà più in una cosa esteriore, sibbene nello spirito del subbietto istesso. Questa seconda esistenza della libertà è la *morale.* Il subbietto à il diritto di riconoscere come esistenza della sua libertà solamente ciò che egli già prima aveva saputo e voluto dentro di sè: ed ecco l'*imputazione* degli atti umani. Dal momento in che il fine delle umane azioni non presenta più come felicità l'acquetamento di

tale o di tale altro istinto, nè di tutti insieme, il fine diventa *bene*, il quale è il contenuto generale della ragione, ed è trovato nell'interno della coscienza del subbietto. Dare ad un istinto la preponderanza sopra questo fine universale, che è la ragion movente finale, ponendo così la volontà particolare al di sopra della generale, ecco il *male*.

» Quando il bene scaturisce non solamente dalle azioni subbiettive, ma ancora dalla condizione delle cose in genere, tale quale è ne' sentimenti e ne' costumi degl'individui, abbiamo la *morale obbiettiva* o *moralità;* che è l'esistenza della libertà dell'individuo in un rapporto morale, siccome in un che di sustanziale, e non più in un oggetto esteriore. Questi rapporti morali sono le forze che reggono la vita dell' individuo, e lo elevano a membro di una cosa pubblica, di un interesse generale più alto. La prima comunità naturale è la *famiglia*, la quale riposa sul vincolo naturale del sangue: in essa la morale unità sta congiunta con la disuguaglianza delle persone, le quali vedono la loro volontà come incentrata nella volontà del padre di famiglia.

» Col dissolversi della famiglia si pone la indipendenza delle persone che la componevano, le quali formano nuove famiglie, che vengono l' una d' incontro all' altra nel *comune*, siccome in un sistema di famiglie; e qui col lavoro sembrano ciascuna di accorrere a provvedere a' propri bisogni. Ma poichè ciascuno col proprio lavoro, nei diversi mestieri e professioni, soddisfa insiememente i bisogni di tutti; così in questa reciproca limitazione e dipendenza della *società cittadina*, il fine generale ed il benessere di tutti, quantunque inconsapevolmente, è in fondo il vincolo che unisce la società.

» La società cittadina, la quale dalla disgiunzione

delle sue famiglie si rileva alla cosciente identità dello scopo morale, è *lo Stato*, lo spirito del popolo, la sostanza degl' individui consapevole di sè stessa; di quegl' individui, i quali sono i soli accidenti di questa sustanza, quantunque questa abbia il suo sostegno nel sentimento e nell' amor di patria di essi. Il compito dello Stato è di far rilucere la volontà universale dall' attrito delle volontà particolari. Ogni funzione dello Stato adunque, come nel più perfetto organismo animale, deve esser giunta a vita indipendente; chè appunto così giunge a perfetta armonia col tutto. *La storia universale del diritto* deve mostrare in che modo i singoli Stati in una seguela di spiriti di popoli si accostano sempre di più a questa meta. Però nella storia del mondo i popoli sono rovesciati per mezzo della guerra, quando non sono ancora in istato di raggiugnere questa meta. La storia del mondo è il tribunale del mondo (1) ».

E qual gigantesco dramma è la conchiusione di questo libro! « Dall' altezza della nozione dello Stato si contemplano i singoli Stati come tanti fiumi andare a confluire nell'oceano della storia: ed il breve abbozzo dello svolgimento di questa, con che si compie la filosofia del dritto, è come il presentimento degl' interessi più importanti, che ricadono in questo altro campo » (2).

Ed ecco che la filosofia del dritto, mostrando il legame logico tra persona, proprietà, contratto e delitto; à mostrato il logico nesso di tutte le trattazioni del dritto civile privato: e mostrando quello fra dritto astratto, morale, famiglia, società cittadina e

(1) Michelet op. cit. p. 296 298.
(2) Gans Preambolo alla filosofia del dritto. V. Hegel op. vol. VIII, p. IX.

Stato ; à mostrato l' intimo legame della giureprudenza civile , della morale e della canonica, della economia politica , del dritto pubblico. Compiere la sposizione filosofica di tutte queste scienze positive, incentrate tutte nella filosofia del dritto, sarebbe compiere la grande enciclopedia delle giuridiche discipline. A tale opera i tempi chiamano i pensatori in queste materie speciali. Il diritto civile à già posto la prima pietra della grande opera coi lavori del Gans: or ora faremo di indicarlo in breve.

Mentre i wolfiani toglievano a princípi della filosofia del dritto i concetti astratti del dritto positivo del tempo ; mentre i kantiani costruivano *a priori* il diritto e lo Stato , discendendo dalla ragione astratta a determinazioni legali non punto esistenti, ma che avrebbero dovuto esistere ; l'Hegel considera nella filosofia del dritto il corso logico dello spirito rivelato nel complesso e nella sustanza degl' infiniti fatti della volontà costante degli uomini, senza limitazione di spazio e di tempo , senza determinazioni astratte ed *a priori*. Poichè il razionale è reale ed il reale è razionale, l'uno, prendendo realtà e vita esteriore, s'incarna in una infinita ricchezza di forme e manifestazioni e figure , ricoprendo così il suo midollo di polpa variopinta. E la coscienza si fa a ricercare questa polpa per rinvenirvi l' intima ragione : la vita interiore (1).

Ma dopo che il filosofo ne à siffattamente mostrato nella filosofia del dritto , il logico concatenarsi delle varie determinazioni dello spirito obbiettivo ; dopo di avere siffattamente espostaci in sè stessa l' idea del dritto come partita dalla nozione della persona e giunta a quella dello Stato ; egli ci mostra nel tempo

(1) Hegel op. vol. VIII p. 17.

il logico divenire dello Stato con la filosofia della storia. L' idea del diritto, svolta direi quasi intensivamente e qualitativamente nella filosofia del dritto, è svolta estensivamente e quantitativamente nella filosofia della storia. Ivi lo Stato, quel risultato del dritto astratto, della morale, della moralità cittadina, si svolge obbiettivamente nel tempo, e si accosta sempre più alla sua forma perfetta. Laonde la filosofia della storia, mentre intesa in senso lato è la ripruova obbiettiva di tutto il sistema (1), è insieme, più specialmente presa ed in senso stretto, il complemento obbiettivo della filosofia del dritto (2), in quanto amendue queste trattazioni presentano successivamente lo svolgimento logico e reale dello spirito obbiettivo (3). Ed ove le proporzioni di questo lavoro non me l' impedissero, io cercherei di mostrare, svolgendo ciò che ò qui di volo affermato, come a me sembri che il giudizio del Michelet, corifeo del centro sinistro della scuola, non

(1) V. Michelet op. cit. p. 304.
(2) V. Rosenkranz op. cit. p. 374.
(3) La filosofia del dritto e la filosofia della storia ànno però lo stesso contenuto, lo spirito obbiettivo; l' una è il punto di partenza, l' altra è la meta. Però in ogni trattazione intorno alla filosofia della storia deve serpeggiare, anzi infonder vita e verità l'idea del dritto. Un nostro egregio concittadino, AGOSTINO MAGLIANI, indovinò questa verità in un suo ragionamento stampato in Napoli nel 1847, intorno alla *Storia della filosofia del dritto*. A pagina 74 ei dice: « Quantunque la *Scienza nuova* del Vico sia comunemente considerata come scienza della Storia, pure il vero scopo dell' autore fu quello di ritrovare i princìpi della scienza del dritto naturale, per modo che s' incontrò nelle sue ricerche con la scienza della Storia, la quale eragli mestieri siccome mezzo per quella del dritto naturale delle genti ». Io, con tutto l' ossequio che porto alle opinioni del Magliani, considero la *Scienza nuova* come scienza della Storia, ma vi veggo entro svolgersi l' idea del dritto. Però accetto la opinione or ora riportata, tramutando il posto ivi assegnato ai due elementi, a questo modo: Che quantunque la *Scienza nuova* intenda a sporre i princìpi della Scienza della Storia, l' autore abbia dovuto mostrare come vi sia immanente l' idea del dritto.

escluda, anzi contenga quello portato dal corifeo della destra, intorno alla filosofia della storia, quantunque le parole del Rosenkranz sembrino attaccare di fronte ciò che un anno prima aveva il Michelet ripetuto per le stampe.

Ora questo gigantesco sistema delle scienze filosofiche, questa filosofia, che recando ad atto il presentimento del Vico, à pronunziato la riconciliazione suprema della metafisica e della storia, del pensare e dell' essere, dell' intimo e dell'esteriore, del razionale e del reale, prendendo per argomento il corso dell' umanità intera, per limiti l' universo, per logica l' intima sua legge sempre costante; questa filosofia [illegible] chiuse punto il libro del pensare, come parecchi ánno opinato; che anzi, coronando il passato tutto, aprì splendidissimo un avvenire di verità e di scientifico progresso, cui il metodo assoluto, ormai per sempre rifermato, fosse, come la stella polare, certa direzione e costante. L'armonia delle scienze tutte, della speculazione e delle pratiche discipline, fu inaugurata dall' Hegel: renderla vera e compiuta era il compito de' suoi discepoli. Ecco a che modo l' egregio storico degli ultimi sistemi filosofici esprime questo concetto: « Ei bisogna procedere allo svolgimento più esplicito e particolareggiato del sistema delle scienze, e ciò non pure nel campo della filosofia istessa, come abbiamo cercato di fare Werder ed Erdmann per la logica, Rosenkranz, Erdmann ed io per la psicologia, Erdmann, Feuerbach ed io per la storia della filosofia; ma la filosofia deve parimenti esser trasportata nel campo di tutte le rimanenti discipline, sbandeggiando così quel divorzio della filosofia e delle discipline empiriche, il quale venne su col Descartes. Tutte le scienze improntano i princípi dalla filosofia: ei bisogna però che elle sieno interamente

informate da quella: in ciò solamente può sperarsi quindi innanzi il vero perfezionamento della scienza. E veramente la storia della filosofia ci mostra esser noi ancor lungi da questa meta desiderata. Il compito de'discepoli dell'Hegel è dunque specialmente di proseguire, ciascuno nella sua scienza speciale, la traccia che il maestro aprì per tutte; di profondare sempre più il pensare speculativo nella realtà, o per meglio dire di condurlo alla luce, suscitandolo dal fondo dei suoi penetrali. A questo lavorío di progresso ánno atteso Henning e specialmente Schultz nelle scienze naturali; Gans nella giureprudenza; Henning ed io nella morale; Weisze, Rötscher ed Hotho nell'estetica » (1).

Ora vediamo in che modo il Gans à conferito la sua parte a questo progresso della filosofia e della giureprudenza insieme, del qual fatto egregio la storia della scienza fa larga onoranza al suo nome.

Al giureconsulto si presentavano alla mente come veri, acquistati ormai per sempre al tesoro della scienza, che il pensiero, il quale si fa a studiare ed a comprendere il mondo di fuori, non è punto da questo dissimile, ma, quasi due termini relativi, l'uno è la interiorità dell'altro, l'altro la esteriorità dell'uno. Però quando il pensiero à voluto astrarsi dal di fuori è riuscito a vote categorie, ad ombre senza corpo, *vox et praeterea nihil*; quando i fatti si sono voluti digiungere dal pensiero son riesciti a raffigurare membra slegate e morte, cui mancava e fine ed insieme e verità. A cansare questa parzialità dell'analisi bisognava raggranellare tutta la svariatissima materia della storia, formandone una cosa sola, tutte le epoche, considerandole come lo svolgimento continuo ed

(1) Michelet op. cit. p. 309-310.

unico dell' idea. Un periodo della storia però non può essere inteso senza i suoi precedenti, nè mostra la sua finalità se non ne' conseguenti. La storia, non più contenta ai nessi causali ed alle ragioni subbiettive, à da ultimo interrogato tutta la svariatissima sua materia, scongiurandola a pronunziare la soluzione di quell'eterno enigma di vicende succedenti le une alle altre. E la storia, vista nel suo insieme, pronunziò questa parola, mostrando nel suo corso l'anima sua spirituale. Quindi innanzi studiare i fatti storici vuol dire ricercare quell'intimo polso, quell'anima interiore che informa le genti tutte e le sospinge verso la idealità loro. Il metodo filosofico, identico col contenuto vero, è la via secura, quella che ne addita lo svolgersi della cosa istessa. E come della storia in genere, parimenti del diritto in ispecie. La filosofia del diritto si è riconosciuta come il polso, la vita intima de' fatti giuridici mondiali non più limitati entro spazio e tempo finiti; il giure positivo però si doveva confessare siccome corpo esteriore di quella vita interna: « il diritto naturale, dice l' autore, non à altro per contenuto se non il complesso del dritto positivo; nè il dritto positivo giunge a realtà ed alla verità del suo contenuto se non nel dritto naturale (1) ». Ma se in ciò filosofia del dritto e dritto positivo sono identici, essi d'altra banda sono differenti in quanto che l'una, indicando la generalità de' particolari tutti di un dato ordine, trascura le lor determinazioni storiche per segnare le attinenze de'vari gruppi di fatti giuridici, ed esporle siccome svolgimento logico dell' idea; laddove l'altro studia questi fatti storici per sentirvi entro quel battito vitale: l' uno è lo studio psicologico di questo ente razionale, presupponendo la sua vita fisiologica; l'al-

(1) V. Gans Erbrecht vol. 1. p. 52. — Berlino 1824.

tro è lo studio fisiologico di questo essere reale, presupponendo la sua vita psicologica. Talmente per l'a. filosofia del dritto e dritto positivo stanno in equazione tra loro come l'anima al corpo, i quali due termini non altrimenti che nella loro unità presentano la vita. Per tal guisa il sistema dell'a. presenta la coscienza della identità e della differenza che è tra la filosofia del dritto ed il dritto positivo, laddove i giuristi wolfiani ne affermavano la identità immediata, ed i giuristi storici l'astratta differenza (1).

Così concepito il metodo di trattazione ed il sistema della scienza del giure positivo, si possono notare tre momenti, pe' quali la esposizione di questo si compie. Primamente qualsivoglia legislazione, in qualsivoglia sua forma ed in qualunque periodo della storia, deve presentare in sè stessa delle disposizioni positive rispondenti ai logici momenti della filosofia del diritto. Laonde un primo modo di filosofica trattazione delle discipline giuridiche consiste a riandare in un dato momento della storia, in un dato popolo, a che modo le moltiplici disposizioni legali positive rivelino l'idea del diritto. In tal punto della disciplina il giurista deve ordinare la materia positiva secondo il corso logico additato dalla filosofia del dritto, ricercando nelle moltiplici disposizioni positive il concetto giuridico del tempo intorno alla *persona*, alla *proprietà*, al *contratto*, alla *famiglia*. Siffattamente, presupposta la nozione generale di quel periodo storico e di quel dato popolo, bisogna studiare nelle sue disposizioni legislative, comunque codificate o consuetudinarie, il suo dritto privato positivo, ricercando di sotto a quella polpa, per servirci della figura già

(1) V. La dissertazione di von Henning intorno al rapporto della filosofia con la giurisprudenza — Nuovo giornale mensile di Berlino vol. 2.° p. 1-23, 89-115.

adoperata, la vita sua intima, che la nozione filosofica del giure à dinotato. In tal modo, quasi *qualitativo*, di studiare un dato periodo storico del dritto, la sposizione scientifica presuppone la filosofia della storia, onde cava la nozione astratta del popolo dato, ed applica la filosofia del dritto, in quanto cerca nella polpa delle disposizioni positive l' intimo polso della nozione di dritto. A questo modo è quindi innanzi possibile lo studio di una data legislazione, in tutto o in parte, come sarebbe della orientale, della greca, della romana, o della odierna.

Ma oltre a questo primo modo, che abbiamo detto *qualitativo*, ci à un secondo modo che direi quasi *quantitativo*, onde si può filosoficamente sporre la materia del diritto. Laddove nell' uno si ricercavano le teoriche tutte, nell'altro modo s' intende ad esporre una teorica singola, nel suo svolgimento storico universale. Questo secondo modo sta al primo come la *successione* nel tempo alla *giustaposizione* nello spazio. La trattazione qui, presupponendo la nozione astratta di un dato rapporto di dritto, ricerca nelle disposizioni legislative storiche, che successivamente án regolato quel rapporto giuridico, com' egli si sia sempre venuto conducendo a perfezione e coscienza maggiore nel tempo. Siccome nel primo modo si presupponeva la filosofia della storia e si applicava la filosofia del dritto, nel secondo modo, per contrario, si presuppone la filosofia del dritto e si applica la filosofia della storia Siffattamente, sia la dottrina della *persona*, sia quella della *proprietà*, della *famiglia* e via, vanno isolatamente esposte nel lor logico divenire, in prima nel mondo orientale, poscia nel greco, di poi nel romano e da ultimo nel cristiano.

Il terzo momento di trattazione filosofica del dritto civile sarebbe la riunione de'due precedenti. Tutte le

teoriche di dritto, logicamente concatenate e studiate nella successione in tempo, presenterebbero la storia universale filosofica de' rapporti giuridici civili della specie umana, ovvero formerebbero la prima parte della gigantesca enciclopedia delle discipline giuridiche positive; il *corpus juris* di tutti i luoghi e di tutti i tempi.

Ma compiere tutta la filosofica sposizione del dritto civile universale esser non poteva il fatto di un uomo solo. Come dalla comprensività della mente si discende alla estensività del di fuori, quasi pari al discendere dell'idea nella grave materia, la gagliardia di un pensiero filosofico si sperpera e diffonde nella multiplicità de' fatti. Ed ove la mente di un uomo potette per gagliardia esser da tanto da comprendere e raggruppare il fondamento di tutta la enciclopedia delle scienze filosofiche, la vita di un uomo solo non bastò a riandare e ad esporre filosoficamente i fatti universali di dritto civile. Il Gans altro non potè che tracciarne la via, presentando due splendidi esempli de' due modi primi di trattazione di sopra indicati.

Cotesti due esempli splendidissimi sono il *Sistema del dritto Romano*; il *Dritto di successione nel suo svolgimento storico universale*. Nel *Sistema del dritto Romano* l'autore collega la materia secondo i logici momenti, segnati dalla filosofia del dritto, sponendo in prima la nozione positiva di dritto, poscia passando alla persona, alla proprietà e quindi alle obbligazioni, con che si compie la trattazione del dritto astratto. Da tal punto la filosofia del dritto passa alla *morale*, la quale accenna ad una disciplina positiva diversa da quella del diritto civile; dopo di che giunge alla famiglia. Il matrimonio, però che puntualmente è un rapporto di dritto cui imperano le forme e i canoni religiosi ed i civili insieme,

si trova come il principio della trattazione del dritto civile familiare, la quale è slegata dalla materia contrattuale, se il legame si volesse rintracciare nel puro dritto positivo. La transizione dal dritto civile privato al dritto familiare deve essere pe' giuristi positivi accettata dalla filosofia del dritto.

Tutta la materia del dritto civile romano riceve pertanto un ordinamento esattamente scientifico in questo lavoro, il quale vorremmo fosse seguito tale quale è nell'insegnamento del dritto romano, e come norma utilissima, con poche modificazioni tratte dalla natura delle cose, nell'insegnamento del dritto civile di tutti i tempi e di tutti i luoghi.

Lo svolgimento storico universale del dritto di successione, spone l'idea del dritto familiare, ed in ispezie la risoluzione della famiglia, in tutte le grandi epoche storiche della specie umana. L'a. consacra il primo volume alle successioni nel mondo orientale e greco, il secondo a quelle di Roma, il terzo ed il quarto a quelle del mondo cristiano fino a tutto il medio evo, percorrendo il dritto di tutti i popoli civili moderni.

In questi due grandi lavori di dritto positivo la materia del giure è ricercata diligentissimamente, avendo il principio ed il metodo filosofico come stella polare, e quasi tastando dal di fuori delle disposizioni legislative l'intimo polso dell'idea e della coscienza giuridica, la quale dalla sua più grossa manifestazione arriva logicamente e cronologicamente a spiritualità sempre maggiore. Nel primo lavoro si cerca nella materia legale l'intimo nesso logico delle singole trattazioni, ferme entro lo spazio ed entro il tempo dell'antica Roma; nel secondo si espone il logico corso dell'idea, che informa la singola teorica delle successioni, in tutto lo spazio ed in tutto il tempo. Nell'uno, presupposta la nozione astratta della storia romana, la si mostra

concreta in quella legislazione civile; nell'altro, presupposta la nozione astratta della famiglia e della sua risoluzione, la si mostra concreta nel succedersi di tutta quanta la storia. Ma siffattamente l'a. con questi due capi lavori ci à dato nell'uno la razionale sposizione di tutti i momenti del dritto civile in un momento parziale della storia, e nell'altro la razionale sposizione di un momento del dritto civile in tutti i momenti della storia. Ciò facendo l'a. à posto il fondamento di quella scuola di giuristi positivi, nella quale la speciale disciplina del giure giunge alla perfetta sua conciliazione con la filosofia. E siccome l'Hegel segnò il fondamento della enciclopedia delle scienze filosofiche, il cui perfezionamento e compimento era serbato alla sua scuola, sì parimenti Eduardo Gans non fece che indicare la via da tenere nella trattazione filosofica delle positive discipline giuridiche. L'a. à segnato per lungo e per largo i due modi primi di questa trattazione. Ma io di sopra notai che il terzo momento in cui essa giugnerà a compimento sarà quando per tutte le legislazioni si rifaccia ciò che l'autore à fatto per la legislazione civile de' Romani; ovvero quando si ripeta per tutte le teoriche di dritto civile ciò ch'egli fece per la teorica delle successioni. Ecco a mio credere lo scopo che oggi si pone innanzi alla mente dei giuristi; ecco ciò che compier dovrà la scuola del Gans.

Ma le due grandi opere dell'a., delle quali abbiamo testè discorso, fondano una scuola novella. Ed una scuola novella vuol dire tutto un sistema scientifico novello, e questo non è mica il fatto di una felice ispirazione, che un bel mattino spunti nel cervello dell'autore. Oltre alle storiche condizioni de' tempi e de' luoghi, che rendono possibile e necessaria insieme la nuova scuola; oltre a questo, che di-

rei quasi processo esteriore, ci à un processo interiore, il quale si compie nella mente del capo scuola.

Ciascuna scienza, considerata nel suo insieme ed in sè stessa, è un' idea, la quale, per immanente sua forza plastica, si viene svolgendo e perfezionando. Ma ella si viene siffattamente svolgendo e perfezionando per mezzo di quelle intelligenze privilegiate che chiamiamo grandi pensatori. Or nella mente de' grandi pensatori accade un altro consimile processo, raccorciato in breve, come raccorciata e breve è la vita di uno scienziato rispetto a quella della scienza; la vita di un uomo storico rispetto alla storia tutta.

Se finora ò fatto d' indicare per sommi capi quel processo obbiettivo della nostra disciplina fino ad Eduardo Gans, cercherò ora per ultimo di esporre un tratto del processo subbiettivo della mente di lui. Il libro, che ora io presento tradotto, mi sarà occasione ed argomento insieme per questo che mi rimane a dire. Siffattamente io fornirò il compito che mi sono proposto, d' indicare qual sia il mio concetto intorno al libro, dopo di aver detto quello che mi era formato dell'autore.

III.

Nella vita dell' uomo si raffigura in ischizzo la vita della umanità tutta; negli studi dello scienziato, chi guarda attesamente, la vita ed il corso della scienza tutta. A chi comincia lo studio del diritto è forza sul principio di farla da glossatore delle leggi che egli prende a studiare. A mano a mano egli ne diventerà critico parziale, e da ultimo dotto e giusto estimatore. Il libro, ch' io qui presento tradotto agli italiani cultori della nostra scienza, è il risultamento degli studi speciali e positivi fatti dall' a. presso il Thi-

baut in Eidelberga, allorchè la scuola storica risplendeva del suo più vivido lume. Lo scopo principale di questo libro è di sbarbicare un errore secolare, quello che i *contratti innominati* fossero una specie propria, e che il *jus poenitendi* ne fosse una eteroclita conseguenza. Ma ciò che già in questo lavoro annunzia l'egregio pensatore, cui la scienza esser doveva riconoscente di un altro passo, si è che, quantunque egli qui si dichiari seguace della scuola storica e prometta di procedere affatto storicamente in queste sue ricerche di dritto positivo, pure il metodo de' giuristi genuinamente storici non basta all'a. Comechè fin dall'entrare nel suo ragionamento (p. 10) e' faccia professsion di fede da giurista storico, tuttavia à bisogno di sorreggere la sua dimostrazione mercè generali nozioni di ragione, non già mercè speciali argomenti di fatto, attinti da altri immediati fatti storici. Ma di questo elemento novello, onde l'a. arricchisce fin da questo suo primo libro la scientifica trattazione del romano diritto, egli non ne à punto ancora coscienza.

Ogni primo momento di una scienza, di un periodo di essa, di una vita, di una idea qualunque, è momento di spontaneità; quello che si pone senza sapere ancora qual esso sia; che è senza sapere ancora la sua ragione di essere. Già innanzi notammo che i fatti precorrono la coscienza de' fatti; il che vuol dire che sempre la spontaneità spiana la via alla riflessione. Questa legge logica trova chiara la sua esatta applicazione anche nell'ordine morale e ne' fatti della ragion conoscente. Lo spirito filosofico, onde per l'a. s'informò la special disciplina del diritto, ebbe parimenti nel pensiero di lui questi due periodi di vita; quello della spontaneità, e quello della compiuta coscienza. Quando questo libro veniva fuori, l'Idealismo assoluto non era ancor noto al Gans. Quel metodo

razionale, che nel SISTEMA DEL DRITTO ROMANO e nel DRITTO DI SUCCESSIONE NEL SUO SVOLGIMENTO STORICO UNIVERSALE giunge a chiara coscienza, non ancora si scorge qui nel DIRITTO ROMANO DELLE OBBLIGAZIONI. Sibbene da tutto il lavoro spira levemente l'alito vitale dello spirito filosofico, siccome da un olezzante fiore, ignaro della gentile virtù sua. Questo libro, il DIRITTO ROMANO DELLE OBBLIGAZIONI, a me pare che stia alle altre due opere dell' a. testè ricordate, in quel medesimo rapporto in che sta il fatto alla coscienza del fatto. Laonde io reputo che il DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI, il SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO ed il DIRITTO DI SUCCESSIONE, formino le tre opere maggiori del Gans. In esse, considerate nel loro insieme, si scorge il sistema scientifico dell' a. dal suo primo spuntare, come spirito filosofico, ed inconsapevole antagonismo alla scuola storica, fino alla sua più compiuta manifestazione, come metodo filosofico applicato al diritto positivo.

Leggendo il libro noi ravviseremo questo inconsapevole dipartirsi dal sistema storico, e quanto al generale e quanto ai particolari del lavoro. Quanto al contenuto generale; perciocchè sempre gli servono come punto di partita, non già nessi causali di fatti immediati, sibbene nozioni generali intorno a tutto il periodo romano ed intorno alla essenza intima degli atti e de' fatti legali e giuridici; della qual cosa i seguaci della scuola puramente storica gli fecero accusa capitale. Quanto a' particolari, vi si scorge ch'egli inconsapevolmente indovina assai bene spesso delle teoriche, le quali dipoi vennero fuori siccome proprie della scuola filosofica da lui fondata. E di queste teoriche abbozzate, anzi direi quasi arrischiate in questo libro, l' a. mostrò chiara coscienza scientifica ne' suoi lavori

posteriori, ove con la massima precisione segnò il novello indirizzo della scienza.

Veggiamo ora come più rapidamente si possa, che sia in riassunto il concetto generale del libro. L' a. intende di mostrare che i quattro schemi de' contratti innominati non sieno delle formole di speciali contratti, ma che invece essi sieno gli schemi di ogni possibile obbligazione bilaterale. Intende inoltre di mostrare che il *jus poenitendi* non era punto una anomalìa propria de' contratti innominati; che anzi, non essendo questi nulla di speciale, il *jus poenitendi* non poteva essere nulla di anomalo. A raggiugnere questo scopo l' a. deve stabilir saldamente che sieno le romane obbligazioni, ed in quante specie principali si potessero con verità partire. Ma per istabilire la partizion principale delle romane obbligazioni egli à mestieri di riandare la scientifica partizione delle romane azioni. Ed ecco la ragione ch' ei ne adduce. Pe' Romani il diritto non era alcunchè di astratto, sì era alcunchè di eminentemente attuoso e pratico: la giurisprudenza non era una scienza silenziosa e ritratta, che anzi essa formava il cardine ed il campo di tutta la vita e di tutto il progresso di quel periodo storico.

Però una obbligazione, la quale non si traducesse di presente in foro, sarebbe un' astrazione non punto romana. E l' obbligazione non altrimenti si traduceva in foro che mercè l'azione rispondentele. Laonde, sendo l'azione, e non l'obbligazione in sè stessa, ciò che ci à di attuoso, ed essendo all'attuosità principalmente intesa la mente de'Romani; quella sarà vera e genuinamente romana partizione delle giuridiche obbligazioni, la quale riposi e si modelli sulla partizione delle romane azioni. E di vero i giureconsulti classici adoprano spesso come sinonimi le voci *obligatio* ed *actio*. Ora di azioni ci à due specie principali, ove si scorgono vivi

i due princípi, dal cui conflitto scaturì la storia tutta ed il carattere proprio della civiltà romana; voglio dire lo *stretto diritto*, e la *buona fede*. Adunque le azioni, e però le obbligazioni, sono di due specie principali: di stretto dritto le une, e sono quelle nascenti dalla legge o dall' atto formale simile alla legge; di buona fede le altre, e nascono dagl' infiniti rapporti giuridici della vita cittadina. Ma come i rapporti giuridici della vita cittadina andarono a mano a mano crescendo, niuna di quelle azioni rassegnate ne' due ordini testè indicati poteva sopperire a' bisogni di obbligazioni d'indole novella Quindi una moltitudine di azioni ausiliarie, introdotte in massima parte dal diritto onorario, intesero a riempiere i voti che le azioni de' due sistemi lasciavano.

Segnato così il disegno generale di tutte le possibili azioni, l'a. nota che ben ci possono essere di tali negozi, ne' quali concorrano insieme azioni d' indole diversa. I contratti innominati non sono altra cosa se non che gli schemi generali di tutte le possibili contrattazioni; di tutte le possibili obbligazioni bilaterali di qualunque maniera. Il *jus poenitendi* non è punto un' anomalía propria de' contratti innominati; parimenti come i contratti innominati non sono nulla di proprio e distinto. Il *jus poenitendi* in generale non è altro se non che il concorso di due azioni nello stesso negozio e contro lo stesso obbligato; e però non induce punto il diritto di recedere unilateralmente e per mero arbitrio dalla obbligazione. Ciò che produsse questo errore si fu la leggerezza degli scrittori e l'ignoranza della storia; perciocchè il vero *jus poenitendi*, *sensu stricto*, cioè l'arbitrio di recedere, non à luogo se non nel solo caso della manumissione dello schiavo; arbitrio concesso al padrone per conseguenza di una costituzione dell' imperatore Marco Aurelio ricor-

data nella l. 2. C. *si mancipium* (4 , 57) ; e che però con gravissimo errore si è esteso dal caso specialissimo a' casi generali. Talmente tutta la teorica de' contratti innominati e del *jus poenitendi* non è altro che un doloroso fedecommesso perpetuatosi e trasmesso da padre in figlio , da maestro a discepolo per sette secoli d' ignoranza e di leggerezza.

Tale è la dimostrazione che l' a. compie in queste tre dissertazioni. E quantunque la si fondi massimamente su ricerche storiche pregevolissime, nondimeno s' informa di tale spirito filosofico che bene annunzia nel Gans, autore del *Dritto delle obbligazioni* , il Gans autore del *Sistema del Dritto romano* e del *Dritto di successione*. In effetti uno scrittore e fra' più larghi della scuola storica, fiutò con senso finissimo ciò che ci era in questo libro di non proprio de' giuristi storici. Lo scrittore sentiva da queste tre dissertazioni uscire come un alito che si diffondeva oltre i limiti della scuola storica : questo scrittore ne fece accusa al Gans, il quale in queste tre dissertazioni aveva protestato contro ogni maniera di teoriche costrutte a priori , e fatto avea professione di procedere storicamente. Ma il suo censore notò che, ad onta di tale professione di fede, l'a. nel fondare la nozione della *obligatio certi* era partito dalla nozione della natura intima della legge. Ed il censore osservava che la natura intima della legge è già un alcunchè di generale , che mal si potrebbe ricercare nella lettera de' fatti storici. Questo censore era niente meno che il Muehlenbruch: le sue parole son queste: « Gli è cosa abbastanza strana di per sè , che l' a. promette di dedurre i suoi concetti da ricerche severamente storiche, dalle quali sole spera ogni via di salvezza , e poi dal bel principio del lavoro adagia la dimostrazion sua cardinale *nell' intima*

essenza della legge, il che è qualche cosa in sè stesso non punto dipendente dal puro positivo (1) ».

L'accusa era capitale pe' seguaci della scuola storica. Porre un concetto fondamentale il quale stia di per sè in ragione, è già trascendere da'limiti del nesso causale di fatto con fatto; e questo nesso causale è il solo campo che i giuristi storici aprano al loro intelletto. Pure il Gans in questo lavoro si professava giurista storico: adunque o non ebbe pur la capacità di compiere un lavoro storico; o egli valicava i confini, che tale scuola s'impose, senza pure sapere di valicarli. Io credo che questa seconda ipotesi sia la vera. Eduardo Gans non rimaneva minore de' giuristi storici, ma li trapassava: e chi non sa che chi non arriva ad intendere, in cambio di riconoscersi ignorante, dà del balordo al libro che non gli può entrare in testa? Che ciò sia vero sarem certi leggendo l'a. medesimo a giustificare il suo libro. « Io credo, dic'egli, che in genere non ci abbia niun verso di stabilir meglio una dimostrazione, se non prendendo le mosse *dall'intima natura* della cosa di cui si parla. Contro siffatta dimostrazione non si posson punto levare quegli altri argomenti tratti da una filza di fatti e giustificazioni estrinseche alla cosa. Esporre la necessità della esistenza di una cosa e de'suoi momenti, traendo il ragionamento dalla nozione istessa della cosa, è ben altra e più salda pruova di verità che non sia quell'altra maniera, la quale non altro sa fare che accavallare un lungo novero di fatti esteriori. Applicando ciò al diritto romano, è chiaro che quel modo di trattazione è meglio fondato ed esoterico e solo scientifico, il quale comprenda nel suo valore speculativo il diritto romano nel suo insieme ed in ciascuna sua singola teorica. A questo modo il diritto si

(1) Heidelberger Jahrbuecher 1831 pag. 45.

eleva, dallo stato di pura positività, a quello di idealità vera. Ed a compiere siffattamente la trattazione è mestieri di penetrare nel diritto romano tutto quanto, e considerare nel suo insieme ciascuna teorica. Nè basta a fornir quest' opera il modo tenuto da' giuristi wolfiani del secolo passato, i quali, parlando della *natura della cosa*, intendono dire di un concetto intellettuale cavato dalla comunale opinione avutane; al quale concetto siffattamente costrutto *a priori*, poscia cercano di far calzare la nozione giuridica romana. A questo modo filosofico (o meglio non punto filosofico) di trattazione, mirava io quando nel mio *diritto delle obbligazioni* levai alto la voce: non parlava io punto ivi contro trattazioni veramente filosofiche, le quali costruiscono la nozione dell'obbietto loro profondandosi prima nelle sue viscere, e poi cercando di rimenarlo dalla sua positività all'idea che l'informa. Ciò che è tutto positivo da un capo all' altro, ciò che non riconosce più niuna idea come immanente nell'obbietto, non entra al foro di una trattazione scientifica. Siffattamente ogni lavorío, compiuto intorno ad un soggetto storico, rimaner debbe superficiale e pago di nessi causali ed esteriori. Vogliamo sperare che questo modo di trattazione, consueto oggi nelle scienze positive, si voglia alla perfine tramutare nell'altro modo logico ed intimo » (1).

Ma questa difesa venne fuori quando l'a. ebbe già piena coscienza del metodo filosofico applicato alla scienza del giure: nel *diritto delle obbligazioni* criticamente disaminato dal Muehlenbruch, questa coscienza non appariva; che anzi ciò che ivi è di filosofico sta in contraddizione con la professione di fede fatta dall' a. di giurista storico. Egli non ebbe coscienza

(1) Gans Erbrecht vol. 1.° nota 5 pag. 12 Berlino 1824.

di aprire con questo lavoro un' era novella per la sua disciplina: ei credette di seguire la scuola dominante nell'epoca: ma col fatto ei palesò invece quanto la trattazione puramente e semplicemente storica sia tornata feconda di secolari errori.

Lo scopo cui intese l'a. era di dimostrare la falsità della teorica de' *contratti innominati* e del *jus poenitendi*. Ma egli non poteva compiere questo lavoro critico se non deducendolo da una larga premessa, la quale era tutto il sistema delle romane obbligazioni. Ed egli sentì che una trattazione puramente storica non era capace di fornire la nozione intima del dritto delle romane obbligazioni. Anzi le storiche trattazioni della materia generarono quegli errori che l'a. si fa a combattere. Egli sentiva che per trattare con verità un simigliante argomento bisognava profondarsi nella indole della storia e del dritto romano tutto, e quindi cavare le premesse. Non vide l'autore che ciò appunto era il passo che dovea dare nella scienza, e che questo era l'indirizzo della scuola filosofica: ma ciò che non vide lo sentì. Egli, confessandosi giurista storico, pone gratuitamente il principio filosofico nella prima dissertazione. Nè ciò si scorge solamente nel punto notato dal Muehlebruch, cioè nel ricercare l'essenza intima della legge, ma sì ancora in quel dualismo, anima e vita della storia tutta di Roma, della cui logica necessità l'a. ebbe di poi coscienza filosofica (1). Il principio aristocratico, immobile, tradizionale, ed il principio plebeo, mobile, novatore, formano la capitale partizione delle obbligazioni romane, come di poi formarono la capitale opposizione delle romane successioni, nel suo secondo volume della grande opera così intitolata. Que-

(1) Erbrecht vol. 1 p. 12-13.

sti due princípi, atteggiati nelle obbligazioni come *strictum jus* e *bona fides*, sono le due colonne delle romane obbligazioni (1).

Ma a poco a poco le obbligazioni di buona fede sono conquistate dal principio rigido ed immobile. Mentre da un canto esse án tratto quel principio fino a sè, questo principio, dall'altro, le investe della sua stabilità; e l'*actio bonae fidei* non può più valicare i confini de' casi preveduti: essa, diventando azione di legge, à perduto la elasticità sua prima. Allora, compiuta questa prima conciliazione, il principio mobile progredisce oltre, come è oltre progredito il principio severo. Questo dallo *strictum jus* si è condotto ad accettare la *bona fides*; ed il principio mobile, dopo di aver creato la *bona fides*, crea le *actiones in factum*.

Ora, come ognun vede, tutto l' andamento del lavoro è informato da un concetto vasto e sintetico della civiltà romana tutta. Non solamente dove nota il Muehlenbruch, ma in tutto il lavoro ci è questo antagonismo tra il fondo filosofico e la forma storica. Anzi potrem dire che questo lavoro canta le nenie alla scuola storica; perciocchè dimostra com' ella non sia stata capace di sbarbicare un errore secolare. Laonde il Muehlenbruch avrebbe ben potuto gridar la croce al lavoro tutto; ben avrebbe potuto dichiarare costante la contraddizione in cui l'a. cadeva con la sua profession di fede: tutto il contesto del libro già nell'insieme mostra che l' a. apriva col fatto una novella scuola, senza aver peranco coscienza di questo fatto, che render lo doveva, nella storia della sua scienza, immortale.

Questo spirito filosofico, che informa tutto il concetto generale e l' orditura del lavoro, anima parimenti ciascuna sua singola parte. E, siccome di sopra notam-

(1) Vedi dissertaz. 1.a p. 15, e dissert. 2.a p. 152.

mo, pari al germe che tutto contiene in potenza ciò che poscia verrà a luce di verità attuosa; questo libro contiene come il presentimento di molte dottrine di poi state largamente schiarate di luce novella.

Io qui mi passerò dal ricordare la dottrina della legge, quella degli atti formali, quella del danno obbiettivo, della estimazione, dell'interesse: lo scopo cui mira il rimanente mio discorso non è punto di magnificar con parole queste stupende dissertazioni, le quali son troppo al di sopra della mia lode. Al mio scopo basterà di prendere uno fra' più lievi e meno studiati particolari, e mostrare com'ei contenga in germe tutta quanta una dottrina, svolta ampiamente di poi secondo i princípi della scuola novella, di cui più tardi l'a. fu salutato fondatore.

L'a., sul finire della seconda dissertazione p. 187 e 188., tocca di volo del *Possesso*. Ei dice che, per mancanza di ricerche proprie su questa materia, si atterrà a ciò che ne ánno detto l'Haubold ed il de Savigny (1). Dopo di tale dichiarazione ciascuno si penserebbe che su questo proposito l'a., più che in qualunque altro, sia stato fedelissimo seguace della scuola storica, dai cui eroi toglieva il suo concetto. Ebbene vediamo quale sia il concetto del *Possesso* per la scuola storica, e se l'autore accetti questo concetto come dice; o se, fin dalle poche parole, che ne fa in questo lavoro, non l'abbia inconsapevolmente già divelto dalla sua più gagliarda radice.

Tutta la scuola storica, accettando la dottrina del de Savigny, pone il *Possesso* come un fatto e non come un dritto. Ciò posto bisognava vedere come da un mero fatto, privo di dritto, potessero nascere gl'interdetti possessorii. La tesi era ardua. Il *Possesso* l'avevano

(1) P. 186 Nota 1.

accettato come fatto: gl' interdetti possessorii erano evidentemente dichiarativi di un dritto, in quanto provvedevano ch'ei non fosse turbato. A conciliare il paradosso che da un mero fatto scaturisce una dichiarazione di dritto, la scuola storica faceva questo argomento: colui che viene a turbare il possessore esercita una violenza: e siccome ciascuno à il *diritto* di non patir violenza; il possessore à il dritto di non esser turbato nel fatto del possedere, perchè à il dritto di non patir violenza. Adunque per la scuola storica il groppo della quistione sta in questo: Il *Possesso* è un mero fatto finchè non accada la turbativa: ma tostochè la turbativa accade, la violenza, esercitata dal turbatore, tramuta nel possessore il fatto del *Possesso* in *dritto* a possedere. Laonde per cotali giuristi il turbatore è un essere benefico che fa il prò di colui in cui perpetra la violenza. E questa violenza è la condizione *sine qua non* per dare al possessore il dritto di possedere.

Ora se si negasse che la violenza sia la condizione *sine qua non* per tramutare il fatto del *Possesso* in dritto a possedere, si negherebbe insieme che il *Possesso* fosse mai stato un puro e nudo fatto. Ebbene, ristretti così i termini della quistione, leggiamo le timide e brevissime parole dell'a. a p. 188. « A noi non pare neppur bisogno di fondare il carattere obbligatorio del *Possesso* sulla illegalità della violenza in genere; che anzi si può agevolmente concepire che il fatto del possedere diventi un dritto a possedere per ciò che colui che vi si oppone non à neppur questo fatto dal canto suo ». Ed ecco negata la necessità di ricorrere al principio della violenza, e però confutata, con una bonomia senza pari, tutta quanta la teorica de' giuristi storici. Ed appresso segue: « e ciò a differenza di quello accade per la proprietà, in cui il dritto è fondato senza aver rispetto a colui solo che

contrasta ». Ed ecco posti i germi della scientifica differenza tra *Possesso* e *Proprietà*: l'uno vale rispetto a colui che lo turba; l'altra vale rispetto a tutti: l'uno è un diritto incipiente e subbiettivo; l'altra è un diritto obbiettivo e perfetto. L'a. in questo punto disse ciò che doveva: ma non ebbe la fede nè la coscienza di contrastare alla scuola storica: disse la cosa; ma non ebbe coraggio di chiamarla col suo nome, e proclamare che il *Possesso* non era un fatto, ma era un dritto. Ciò fece più tardi nel *Sistema del dritto romano* in prima, ed in una apposita dissertazione preziosissima di poi, intitolata *Del Possesso, duplica contro la scuola storica*, ov'ei non fece che svolgere, con la coscienza del novatore, ciò che nel *Dritto delle obbligazioni* egli aveva già posto in germe (1).

A raccogliere in breve ciò che diffusamente ò mostrato in questo ultimo capo del mio discorso, dirò come a me sembri si vegga ritratto in piccolo nelle opere maggiori dell'a. il corso logico della scienza tutta. Egli fu novatore di tale altezza che, lui vivo, vide registrare il suo nome nella storia del pensiero filosofico. Il suo sistema si apriva alla prima inconscia esistenza nel *Dritto delle obbligazioni;* si rifermò ed ebbe splendida corona nel *Sistema del dritto romano* e col *Dritto di successione*.

Già odo taluno accagionarmi di aver detto troppo in una prefazione del traduttore: son 64 pagine di prefazione per un libro di 250 pagine. Non importa: amo meglio l'accusa di aver veduto troppe cose

(1) Mi à recato grande meraviglia di vedere nel *Sistema del dritto romano* l'autore medesimo a credere di aver seguito, nel lavoro di cui discorriamo, la erronea opinione del de Savigny intorno al Possesso, System. ec. p. 202.

Ad ogni modo il concetto ch' io mi era formato di questo presente libro a me sembra tuttavia saldo e vero, nè veggo verso di convinzione contraria, quantunque sembri ardito ch' io qui difenda il Gans contro la opinione medesima del Gans.

da dire in proposito di questo libro, che l'accusa di avervene vedute troppo poche. Un libro di un grande scrittore è sempre come il responso di un oracolo; dell'oracolo eterno, il pensiero. Chi vi scorge poco, chi pochissimo, chi molto, chi il giusto, chi l'errore. Se io son giunto ad indicare come la scuola filosofica si concateni con le precedenti, e come il libro ch'io presento al pubblico si collochi fra i lavori fondamentali della scuola filosofica, avrò raggiunto sia comunque il mio scopo.

Leggendo il libro, oso dire che ciascuno ci troverà di che appagare il suo gusto. Gli eruditi si convinceranno di quanta erudizione e di quanto studio coscienzioso e profondo son pieni perfino i lavori che dettero l'inizio a quest'ultimo indirizzo della nostra disciplina. Chi guarda il dritto dal lato della sua utilità pratica, troverà in queste pagine del Gans profittevoli ammaestramenti intorno alla diversa natura di tutte le possibili obbligazioni, ed intorno alle loro conseguenze per la valutazione pratica degli stipulati, del danno obbiettivo e del subbiettivo interesse. A chi esulta alla vista di questo insieme della scienza, e s'inchina credente innanzi al corso della logica eterna, questo libro sarà il segno di un'altra non lieve vittoria dello spirito umano. E se tutta la gente umana per mestieri, per arti, per iscienze, lotta affratellata e vince ad ogni passo, ed ogni passo è per lei un altro inno che innalza alla glorificazione dello spirito; l'opera del traduttore non sarà meschina nè vana: gli animosi e gli eletti di lontane regioni entreranno per tal mezzo in ischiera co' lontani fratelli: da un capo all'altro del mondo non ci sarà sforzo che vada perduto, non parola, che riveli un vero, che non rischiari la mente e non vibri nel cuore di tutti.

Napoli, settembre 1856.

EDUARDO SALVETTI.

PREAMBOLO DELL' AUTORE

—

Col presente lavoro l' autore offre al pubblico tre dissertazioni, le quali si sarebbero anche potute dire tre capitoli di una dissertazione unica. La ragione di questo strano modo di chiamare le parti di questo scritto è semplicissima. Chi parla di capitoli mostra, adoprando questo vocabolo, ch' egli si pose all' opera intendendo di mostrare innanzi tutto l' unità del subbietto preso a trattare. Ora, comechè l' autore sia conscio della unità del concetto che informa tutto il presente libro, pure non vorrebbe destare nel lettore desidèri, ne' quali poi potesse questi per avventura tenersi non del tutto appagato. Il lavoro è stato tutto condotto con la mente di compiere con esso la trattazione seguita di un subbietto unico. Ma se mai cotesto proposito sia rimasto infecondo di effetti, almeno il titolo del libro non avrà certamente impromesso al pubblico ciò che fu come una sfida, che l' autore fece a sè medesimo.

La strana confusione e le innumerevoli contraddizioni, che dominavano nella sposizione fatta fin oggi de' contratti innominati, dando nell' occhio all' autore fin dal principio de' suoi studi giuridici, lo sospinsero a farsi più familiare con questa parte del diritto romano. E ciò facendo egli ebbe ad accorgersi ben presto che la cagione, onde questa teorica tutta andò sì falsamente intesa, non istava solamente nello stretto campo della speciale trattazione de' contratti innominati, ma si metteva capo in tutto il sistema fin oggi formato del diritto delle obbligazioni. Per la qual cosa parve all' autore ch' ei bisognasse in prima sforzarsi a rinvenire un novello aspetto, donde si potesse acconciamente mirare il tutto, e poscia tentare di collocare in buona luce ciascuna singola teorica. Talmente il romano diritto delle obbligazioni si fece l' obbietto principale cui attese l'autore: ed il presente scritto contiene i risultamenti de' suoi studi, così come gli è riuscito di comporli insieme.

Ora sien pure tai risultamenti incompiuti e in sè stessi poco soddisfacenti; sia pure l' autore convinto ch' essi non meritan punto altro nome se non solamente di primo abbozzo delle ricerche, che quindi innanzi si faranno sulla materia, pure, e massimamente per queste considerazioni e per facilitare tali future ricerche, egli à tenuto suo debito di rendere il pubblico partecipe di quello ei reputa abbia fin ora intorno a questa materia studiato. Per

quanto pur fortemente possa l'uomo isolato affaticarsi a raggiugnere il vero, ei sarà sempre parziale e preoccupato ne' propri concetti: gli è bisogno indispensabile la lotta, la contraddizione venutagli di fuori, perchè la verità gli si possa presentare non velata e pura. Con questa mente l'autore, mentre studia per recare ad atto un sistema più ampio del romano diritto delle obbligazioni, si è tuttavia affidato di sporne in queste dissertazioni que' tratti fondamentali, su' quali egli non trova più dubbiezza di sorta da opporre a sè medesimo. Ed ei si consente di ciò fare affinchè gli estimatori non preoccupati e franchi, ai quali si rivolge, vogliano avvertirlo per tempo delli scogli e degli errori, ne' quali egli, abbandonato al proprio corso, potrebbe per avventura inciampare.

Quanto alla disposizione del lavoro si può quì dichiarare che l'autore à cercato di svolgere questo concetto da lui formato, che un sistema del romano diritto delle obbligazioni non possa altrimenti che riposare sulla differenza fondamentale delle azioni. A ciò segue la sposizione de' due principali sistemi delle azioni: quello delle *actiones stricti juris* e quello delle *bonae fidei*. E, sebbene questi due sistemi si sieno, ch' ei creda, esattamente divisi l'un dall'altro in ciò che ànno di generale ed in ciò che ànno di particolare; egli, d'altra banda, non tiene punto di aver quì presentato un lavoro compiuto sulla materia. Chè, quantunque ei siesi andato quà

e colà addentrando ne' particolari, à ciò fatto solamente perchè a tal guisa à creduto di poter meglio stabilire il concetto generale ch' egli pone.

La seconda dissertazione, la quale tratta delle altre obbligazioni che sono fuori i sistemi dello *strictum jus* e della *bona fides*, vuole essere considerata per ogni verso come uno schizzo. E comechè l' autore abbia esposto la nozione dell' *actio utilis*, dell' *actio in factum*, dell' *actio arbitraria* alquanto più compiutamente degli altri obbietti della trattazione, pure nel suo complesso essa tutta nella sua forma presente, non è null' altro se non solamente un riassunto di ciò che, se gli rimarrà tempo, sarà il prossimo lavoro, cui egli darà opera.

La terza dissertazione finalmente, la quale tratta dei contratti innominati e del *jus poenitendi*, è intesa, siccome la pruova fa della operazione aritmetica, a dimostrare l' utilità del sistema esposto in tutto questo lavoro. Le innumerevoli contraddizioni, onde questa teorica per gli antichi concetti formatisine doveva necessariamente esser piena, otterranno quì una soluzione e semplice e naturale, la quale si offrirà spontanea di per sè stessa col solo collocare la materia in un' altra luce. E con ciò si farà insieme evidente s' ei sia bene lacconcio l'aspetto, nel quale in questo lavoro si è mirato i diritto delle obbligazioni. La teorica de' contratti innominati e del *jus poenitendi* fu il *primo* onde l' autore prese

le mosse per le sue ricerche: ogni altra investigazione servì solamente come mezzo proprio ad approfondir quella; il perchè essa dev'essere naturalmente anche l'*ultimo* cui l'autore fa ritorno, e con che resta insieme provato tutto quello onde si venne facendo discorso. Ciò che abbiam detto fin quì giustifica anche il titolo posto all'intero lavoro. Chè, se il titolo debbe brevemente dinotare il contenuto del libro, l'intera epigrafe della terza dissertazione, sendo questa la meta di tutto il lavoro, voleva entrare nel titolo posto in fronte al libro tutto.

Ristretto solamente nello studio delle fonti l'autore non ha potuto tener molto l'occhio alla estesa letteratura giuridica. Però ei prese anzi a seguire senza distrazione la via propria, che ad impigliarsi da destra e da manca nella selva delle quistioni controverse: le quali veramente, le più volte, non tornano salutari alla scienza. Non per tanto egli non ha passato senza trarne profitto quello gli offrivano alcuni fra i migliori antichi e moderni scrittori di dritto. E quelle controversie, che gli si presentavano d'incontro proprio sulla via ch'egli teneva, non sono state poste di canto senza prima venir da lui toccate. In oltre ei spera che niun lettore possa biasimare ch'egli non si tenne pago alla semplice citazione de' passi invocati in sostegno, eleggendo meglio di trascriverne i più importanti. Interviene spessissimo che non si riscontrano da chi legge i luoghi delle scritture citate: oltre che colui che imprende una dimostrazione

deve spesso far rilevare, da'passi tolti a sostegno, segnatamente certi punti, su' quali il lettore, percorrendo l'intero passo, forse non avrebbe pur posto mente.

In questo lavoro, e specialmente nel primo foglio, sono corse, senza colpa dell' autore, molte mende tipografiche, le quali, poichè non alterano il senso, vórranno essere perdonate dal benevolo lettore. Per quanto è possibile o necessario esse saranno notate in ultimo (1).

Del rimanente, avendo l' autore fin dal principio dichiarato che quello il sospinge a pubblicare questo scritto sia la speranza di istruttive osservazioni di uomini imparziali, non ha mestieri di aggiugnere nuovamente come egli attenda con grandissimo desiderio una critica ammaestratrice ed, in grazia della scienza, spoglia di personalità. Ossequente a null'altro che al vero egli avrà gioia grande se, per convinzione datagliene, ei venga indotto a rimutare i concetti quì svolti in altri migliori. E se coloro, cui si addice di dare un giudizio sulla materia, troveranno in questo scritto pure una piccola parte conferita allo svolgimento della scienza, i desidèri dell' autore saranno pienamente appagati.

Eidelberga nel settembre del 1819.

(1) Non per apporci a pregio la maggior fatica, che la scorrezione del testo à prodotto, ma per dovere e per verecondia verso i lettori e verso l' illustre scrittore non ci siam fatto lecito neppure di togliere questo punto, il quale riguarda solamente la edizione dell'originale tedesco.

(il trad.)

DISSERTAZIONE PRIMA

—

Il sistema del dritto romano delle obbligazioni deve stabilirsi principalmente sulla differenza fra *actiones stricti juris* e *bonae fidei.*

§. I.

La maggior parte di coloro, che fin oggi si sono occupati a formare un sistema del romano diritto delle obbligazioni si sono rimasti fedeli , quanto a' suoi tratti fondamentali, al sistema delle Istituzioni. Però essi àn sempre creduto bene di seguire la partizione in *contratti* , *delitti* , *quasi contratti* e *quasi delitti*, e quella dei contratti in *reali* , *verbali* , *consensuali* e *letterali*, come quella ch' essi reputavano la più conforme alla indole del dritto romano. Ma questa partizione à per solo suo fondamento l' origine delle obbligazioni e i modi onde esse si stringono ; le quali cose non presentano caratteri meglio che esteriori, e però non conferiscono gran fatto alla cognizione del diritto delle obbligazioni. Al tempo di Gajo, che fu immaginato questo sistema

delle Istituzioni (il quale si rinviene più raramente presso gli altri giureconsulti romani), un tale ordinamento , non pure non faceva nascere scrupoli di sorta, ma poteva ancora tornare utilissimo. La chiara intuizione del processo onde si ligavano i contratti, la storia delle azioni rimasta ancora viva nella memoria degli uomini di allora non rendevano necessario di ordinare secondo le azioni la teorica del diritto delle obbligazioni. Allora non si correva niun pericolo ponendo insieme istituzioni nate eterogenee ; ei bastava avessero solamente la esteriore apparenza di alcunchè di somigliante fra loro ; non ci era punto da temere, nel fare una partizione , ch' ella avesse ad indurre in errore ; perciocchè non dipendeva già da quella partizione l'intelligenza del diritto nel suo insieme. In breve , ciò che allora si richiedeva in una partizione si era fors'ella al possibile acconcia anzi a comprendere in sè molto, che a segnare veramente la natura delle parti prese a dividere.

Io credo di non dir cosa troppo arrischiata affermando che una gran parte degli errori invalsi nel dritto delle obbligazioni sieno dipenduti dall' incatenarsi, che si è fatto , a questo sistema delle Istituzioni. Chè oggi non si stava più paghi a considerarlo siccome formale ed esteriore, ma dalla *justaposizione* di molte teoriche in quel sistema, che tutto riposava sopra esteriori rassomiglianze , si è inferito ancora la somiglianza della essenza ed anche degli effetti di esse. Talmente si son venuti accumulando errori sopra errori , i quali però, se tale ordinamento stato non fosse , certamente non mai sarebber nati. Così p. e. nel sistema delle Istituzioni si veggono a starsene insieme fratellevolmente il mu-

tuo, il comodato, il deposito ed il pegno (1). Queste quattro obbligazioni ànno questo di comune, che tutte quattro cominciano con la trasmissione di uua cosa. Ma oltre a ciò esse non ànno niun altro punto di convergenza; perciocchè dal mutuo nasce una *condictio* indirizzata al *dare* di un *certum*, laddove gli altri tre contratti sono *bonae fidei obligationes*: ciò che in questi può esser materia di contestazione si è l'interesse bilaterale de' contraenti. Pure questo loro starsene l'una d'accanto all'altro à fatto dimenticare siffattamente la lor generica differenza, e le à fatte reputar tanto simili anche nella essenza loro, che molti son giunti per fino a fare questa stranissima quistione: perchè non ci è un'*actio mutui contraria*? la qual quistione mostra che chi la propone intende assai malamente il diritto. Ma senza andar oltre, la seguente sposizione dimostrerà che la teorica tutta de'contratti innominati è stata cavata quasi unicamente da cotesto accozzamento.

Per quanto io sappia fin oggi si è tentato una volta sola di porre in cambio del sistema delle Instituzioni un altro sistema, che si dipartisse dall'ordinamento delle obbligazioni fondato sulla loro origine. Heise (2) pel primo nel suo lavoro si è fatto a segnare la via novella, credendo bene di ordinare le singole obbligazioni secondo il contenuto ed obbietto loro (3). Ma comechè il farsi così esempio agli altri sia pur cosa meritevolissima, non di meno l'idea che informa que-

(1) Solamente nel Gajo visigoto lib. 2. t. 9. §. 2. sta il solo mutuo considerato come *obligatio quae re contrahitur*.

(2) Principi di un sistema del dritto civile romano di A. Heise 3. Edizione. Eidelberga 1819 p. 65 - 128.

(3) Op. cit. preambolo p. X.

sto ordinamento non giugne punto a satisfare alle richieste della scienza. Perocchè in questa partizione non si ebbe in mira la differenza caratteristica delle singole obbligazioni nel dritto romano, sibbene, con una autorità del tutto legislativa, si veniva assegnando a ciascuna obbligazione, secondo il suo preteso contenuto, un posto che corrispondesse a certa voluta natura della cosa. Heise spontaneamente confessa essere stato suo pensiero di lasciar da banda le nozioni genuinamente romane e di accomodare la sua trattazione piuttosto ai bisogni del dritto odierno. La qual dichiarazione, mentre da un canto toglie ogni destro di entrare con lui a discutere intorno alla convenienza del lavoro, dall' altro canto ci è cagione a dolerci con noi medesimi che oggi esista in tutte le forme una scienza del *dritto romano odierno*, la cui missione principale è di mutilare ed annientare le nozioni romane, e trapiantare le conseguenze romane positive su nozioni cavate a priori. Per me porto opinione che vada senza più rigettata ogni partizione di dritto romano, la quale non riposi sui fatti storici del dritto romano e su quello è in esso di intimamente proprio. E se abbiamo biasimato, per ciò che riguarda il dritto delle obbligazioni, l'ordinamento delle Instituzioni, come quello che fondandosi su caratteri esteriori deve necessariamente menare a confusione ed equivoci; certamente l'ordinamento, che vorremo porre in cambio di quello, dovrà scaturire puramente dalle istoriche proprietà del romano diritto. Gli è per me cosa veramente inconcepibile che si voglia, senza prima por mente attentamente alla storia, giungere alla intelligenza del dritto giustinianeo. Ed ora che il de Savigny, non pure con le sue trattazioni di singole teo-

riche ma ancora e più con la formale direzione da lui data allo studio della scienza, à stabilito il punto fermo, donde prendendo le mosse torna solo possibile un maggiore progresso; ora, dicevamo, è un fenomeno veramente strano e doloroso insieme che si oda ancora l'Hugo a ripetere, nella sua novissima storia del dritto (1), che dalla storia del dritto non si abbia ad attendere nulla per il diritto romano applicabile oggi.

È controversia notissima fra' giuristi a qual parte del diritto appartengano le obbligazioni; se si accostino al *jus rerum* od alle azioni (2). Questa, come molte altre controversie, svanirà non sì tosto la s' illumini un po'più da vicino. Che le obbligazioni come le azioni appartengano alle cose incorporali non si sarà certamente mai posto in dubbio (3). Ma la quistione da fare sarebbe stata piuttosto questa: in qual posto sarà mai collocata la controversia di sopra indicata, quando si tratta di un sistema di dritto, il quale per diritto delle cose in generale intende solamente il diritto della immediata azione che si esercita sulle cose? Partendo da questo punto le obbligazioni, non che andar collocate con le azioni, sono in fondo con queste una e medesima cosa. Perciocchè, quantunque le azioni non sieno null' altro se non solamente il mezzo per far valere il proprio diritto in generale (per la qual ragione elle si estendono ugualmente su tutte le parti del dritto), pure in

(1) Storia del dritto di Hugo 6. Ediz. p. 25.

(2) Thibant Saggi, vol. 2. p. 1-25. Hugo Civil. Magaz. vol. 3. p. 1-50.

(3) §. 2. *J. de reb. corp. et incorp.* (2. 2.).

un sistema esse vanno congiunte più strettamente con que' dritti, i quali in generale non possono trovare altrimenti che in esse la loro pratica importanza. Ciò vuole esser quì mostrato più chiaramente. Ei si può ben pensare ai diritti che le persone ànno nelle cose (dritti di proprietà assoluti) senza destare immediatamente il pensiero di un' azione. Si può ben concepire ch' io sia in rappporto immediato con gli oggetti di proprietà mia: si possono compiere molti fatti giuridici mercè questa azione ch' io esercito sulla cosa mia, senza però bisogno di ricordare il dritto di vindicazione; anzi si potrebbe concepire ancora una proprietà priva in generale del dritto di vindicazione (1): il qual dritto si manifesta come una facoltà accordata al proprietario quasi digiunta dalla proprietà stessa (2). Diversamente ne va la cosa per le obbligazioni; per questi diritti relativi sui beni. Ma si potrebbe dire: poichè le obbligazioni non sono altro che il diritto di pretendere atti positivi o negativi da determinate persone obbligate, non ci à nulla che impedisca di concepire questo diritto di per sè e senza bisogno di perseguirlo subito con un' azione. Ed a ciò si risponde, che se mancasse del tutto la possibilità di *agire*, noi possederemmo questi diritti sui beni come se non li possedessimo punto. In altri termini: ogni obbligazione diventa un dritto sui beni non altrimenti che mercè la facoltà di farla valere; ovverò l' *obligatio* non altrimenti trova il suo valore pratico

(1) Così anticamente la proprietà bonitaria.

(2) È opinione priva affatto di fondamento, che i Romani, come Muehlenbruch sembra pretendere nella teorica della cessione p. 10, abbiano considerato la vindicazione siccome obbligazione.

se non solamente nell' *actio*. E tale è anche in genere il concetto di Romani

Paulus L. 2. Instit.

L. 3. de oblig. et act. (*44. 7.*)

Obligationum substantia non in eo consistit, ut corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut *alium nobis obstringat* ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

Theoph.

Ad Instit. de obl. l. 3. 13.

ὁ γαρ περὶ ενοκων διαλεγομενος ἠρέμα καὶ ανὰιπαιθήτως περὶ ἀγωγῶν διαλεγεται: μητερες γάρ των ἀγωγῶν αι ἐνοχαι.

Però nelle nostre fonti del diritto troviamo i vocaboli *obligatio*, *actio*, *judicium* adoperati interamente come sinonimi.

Ulpianus l. 4. ad edictum.

L. 7. §. 4. de pactis (*2. 14.*)

Igitur nuda pactio *obligationem* non parit, sed parit exceptionem (1).

Mandare, praestare, *exhibere actiones* è il termine tecnico per dinotare la cessione di una obbligazione (2); ed il titolo che ne parla ex professo si chiama *de hereditate vel actione vendita* (3).

Ora se egli è certo che le obbligazioni non trovano altrove la loro importanza pratica che nelle azioni; se in queste è riposta la principale efficacia di quelle,

(1) L. 10 de act. emt. (19. 1.).

(2) Muehlenbruch Cessione p. 9.

(3) E poichè spesso avviene che semplici eccezioni sieno l' effetto di obbligazioni, si può ben dire che il diritto delle obbligazioni consista nella teoria delle azioni e delle eccezioni.

considerate come diritti sui beni ; consegue che il diverso carattere delle azioni dovrà offrire anche la principal diversità delle obbligazioni. E se una partizione deve in generale mostrare ch'ella sia stata dedotta da ciò che ci à di caratteristico nella cosa , certamente la partizione principale delle obbligazioni, cavata dai caratteri fondamentali delle azioni, non potrà mancare di corrispondere a questo desiderio. E quantunque la partizione delle azioni in *actiones stricti juris* e *bonae fidei* non comprenda tutte le obbligazioni, pure ci appaga perfettamente in quello qui ci siamo fatti a pretendere; vogliam dire ch' ella sia tale da offrire nei suoi risultati la principale differenza delle singole obbligazioni. Questa partizione si concatena strettamente con la prima partizione ehe Giustiniano ci dà delle obbligazioni medesime.

§. 1. J. de obligationibus (3. 14.)

> Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur ; namque aut civiles sunt , aut praetoriae. Civiles sunt , quae *aut legibus constitutae* , *aut certo jure civili* comprobate sunt.

Egli dice : le obbligazioni vengono o dal dritto civile o dal dritto pretorio: le prime (delle quali sole qui ci dobbiamo occupare) sono o puramente procedenti delle leggi (*legibus costitutae* o *legitimae*) , o rifermate dal dritto civile (*certo jure civili comprobate* o *juris gentium*) ; ovvero , secondo che le divide Teofilo , αι άπο νομίμων καὶ πολιτικῶν αἰτιων ἔχουσι τὴν γενεσιν (1). Ora a questa partizioni delle stesse obbligazioni fatta da Giustiniano corrisponde perfettamente la partizione del-

(1) Theophilus ad §. 3. J. de act. (4. 6.).

le azioni fatta di sopra, in *octiones stricti juris* e *bonae fidei*. Tutte le *obligationes, quae legibus constitutae sunt,* producono *actiones stricti juris*; e la maggior parte delle obbligazioni *juris gentium* sono congiunte con *bonae fidei actionibus*. E così troviamo sempre la *bona fides*, il *bonum* et *aequum*, contrapposto alla *lex*.

Cicero oratoriae partitiones Cap. 28.

Nam omnia, quae *de jure civili aut de aequo et bono* disceptantur.

Cicero de officiis Lib. 3. Cap. 15.

et *sine lege judiciis* in quibus additur ex bona fide.

§. 2.

Adunque dalle diversità che si scorgono fra le azioni noi avremo a dedurre una novella partizione fondamentale delle obbligazioni. Ma questa partizione delle azioni sta nella più stretta connessione con la partizione principale già fatta delle obbligazioni. E s' egli è vero che la differenza tra *actiones stricti juris* e *bonae fidei* non potrà comprendere l' intero diritto delle obbligazioni, non per tanto varrà ad offrire un' ampia partizione utilissima. Però bisogna innanzi tutto porre quì ad una analisi quanto più sia possibile precisa il carattere delle due maniere di azioni e le loro delimitazioni.

Per tutto il diritto romano scorrono due principi giuridici: l' uno formale, materiale l' altro; il sistema della legge severa e della forma che dalla legge risulta, ed il sistema dell' equità, il quale non à severe circoscrizioni. Nell' un sistema si manifesta il principio giuridico immutabile, fermo, formale, il quale non può es-

ser distrutto da null'altro che da sè medesimo; nell'altro il principio modificabile, materiale, dipendente delle circostanze. Questo non à norma determinata altra di quella che offre il caso singolo che si presenta, laddove il primo è tanto tipico che il caso singolo non ci esercita influenza ed azione di sorta. Però questi due sistemi vogliono essere studiati separatamente per vedere ciò che in essi ci abbia di intimamente caratteristico; e, posti l'uno accanto all'altro, debbono esercitare di presente un' azione ed influenza reciproca. Il diritto formale sarà in certo modo scosso dalle considerazioni che non si potrà ammeno di fare sulla differenza materiale, la quale si insinua in quello. L'equità all' incontro vacillerebbe troppo funestamente se non le si ponesse punto di confine, e sia questo pure ampissimo. Ciò accade anche in tutto il rimanente dritto romano. Parte per la natura istessa della cosa, parte per l' inopportuno acciabattere di molti Imperatori in fatto di legislazione quelle delimitazioni osservate innanzi severamente fra' due sistemi si vennero a poco a poco rilassando, ma non sì che non lasciassero reggere molte conseguenze lor proprie. Ond' è ch'ei ci vuole un dilicato senso storico per sentire quali fossero i primitivi cenfini di questi due sistemi; al che se non si ponga mente con ogni diligenza riesce impossibile di formarsene un concetto giusto.

Per quello che ora ci occupa è mestieri di porre a raffronto come più si può esattamente i limiti di questi due sistemi in ciò che risgarda il diritto delle obbligazioni.

La legge, *lex*, onde nascono le *actiones stricti juris*, è secondo la sua natura stabilmente determinata ed im-

mutabile. Da ciò consegue del pari che essa non può fare altro se non solamente comandare, proibire un tal fatto, e punire quando alla legge non si sia obbedito.

Modestinus lib. 2. regularum.

L. 7. de legibus (1. 3.)

Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.

Adunque se taluno p. e. abbia acquistato per ministero di legge una *obligatio*, non avrà acquistato altro se non che l'autorità di pretendere qualche cosa da colui, che è obbligato a prestargliela. E la persona obbligata a prestare non potrebbe altrimenti avere anch'essa autorità di pretendere, se non solamente per ministerio di un'altra legge o di un altro caso preveduto da quella legge medesima che lo obbligava a prestare. Le obbligazioni che stabiliscono rapporti bilaterali, come la società, (ove ciascuno è insieme autorizzato a pretendere ed obbligato a prestare) vogliono ben essere confermate dalla legge, ma non possono dalla legge procedere, nel senso romano di questa espressione; perciocchè la legge conosce una forma sola ferma ed invariabile, e tratta solamente di casi, in cui si abbia ad obbligare taluno verso talun altro.

Ma da questo, che la legge à per sua intima natura l'essere eminentemente determinata, consegue parimenti, che ogni *obligatio* nascente dalla legge debbe indirizzarsi a conseguire un *certum*. Ora l'obbietto di qualunque pretesa legale può essere o un *dare* o un *facere*; in altri termini o la trasmissione della proprietà di una cosa, o la prestazione di qualunque altro fatto che non sia un determinato *dare*. Ciò essendo, pogniamo che la legge prescrivesse un *facere*, essa dovrebbe insiememente, per ciò ch'ella è come dicemmo di triplice na-

tora, aggiugnere una penale per il caso che al *facere* non si obbedisse. Però, istituendosi un azione nascente dalla legge contro colui che non à adempiuto a ciò che doveva fare, quest' azione non ad altro riuscirebbe se non se alla dimanda della penale dalla legge determinata. E poichè ogni penale deve essere la esteriore misura della trasgressione per la quale si pronunzia, deve necessariamente esser tale per sua natura che non possa patire altra estimazione; deve, in altri termini, la penale consistere in una *pecunia certa.* Laonde resta giustificato dall' intima essenza della *lex* questo principio, che ogni azione nata dalla legge debba dirizzarsi al *dare* di un *certum.*

Ora ogni formola, alla quale è congiunta forza di legge, va riguardata siccome la legge istessa (1). In questo senso un testamento ed una *stipulatio* ànno il valore di legge (2). E siccome in proposito di una legge non ci à punto da far quistione perchè ella sia stata emanata, bastando alla sua efficacia che ella esista come legge, parimenti in proposito di un atto che abbia una forma confirmata dalla legge non si può punto far quistione di ciò che à fatto nascere questo atto formale, bastando alla sua efficacia che esso esista realmente come tale. Per esempio non è punto da ricercare se debito o donazione abbiano indotto ad una stipulazione per vedere poscia, togliendo a considerarne

(1) L. 6. De pactis (2. 14.) Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur: et *ideo interdum* ex pacto actio nascitur vel tollitur quotiens lege, vel senatusconsulto adjuvatur.

(2) L. 1. De hered. pet. (5. 3) Hereditas ad nos pertinet aut vetere jure aut novo. Vetere e *lege duodecim tabularum*, vel ex *testamento*, quod jure factum est.

nel suo più proprio significato la ragion movente, come si abbia questa stipulazione a trattare; ma solamente conviene considerare se la formola della stipulazione sia stata legalmente concepita; voglio dire p. e. se dalle due parti si è parlato efficacemente, o se non si sieno promesse cose che per loro natura non potevano essere stipulate. Qui adunque non vanno tolte a considerare differenze materiali: la dimanda in giudizio alla base di una stipulazione non à bisogno di altro, per essere ben fondata, se non che la stipulazione esista.

Quinctilianus inst. orat. lib. 4 cap. 2.

Accidit aliquando alteri, et saepius actori causae, *vel quia satis est proponere*, vel quia sic magis expedit. *Satis est dixisse certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento.* Diversae partis expositio est cur ea non debeantur.

Da questo carattere essenziale degli atti formali, che, cioè, in essi si debba attendere solamente a ciò che vi si esprime e non punto alle ragioni che detter loro origine, consegue di per sè, che nei *stricti juris negotia* può esser parola di *dolus* solamente ne' casi in cui ei venga punito in una propria forma legale. Perciocchè il *dolus* cade sempre sulle ragioni materiali, le quali fecero recare ad effetto l' atto formale, e queste ragioni, come già si è detto, non debbono in generale esser prese in considerazione. Che se il dolo cadesse sulla forma istessa dell' atto, questo cesserebbe *ipso jure* di esser valido. Non per tanto ciò non fu sempre osservato puntualmente. A mano a mano si vennero ammettendo considerazioni materiali contro gli atti formali. L' Imperatore Marco Aurelio permise anche negli *stricti juris negotia* la compensazione in forma di una *doli mali ex-*

ceptio (1), la quale quindi innanzi si poteva opporre sempre alle stipulazioni che p. e. fossero senza causa. E ciò facendo si commise forse la stessa inconseguenza che si osserva qua e colà in certe giurisprudenze, le quali ammettono la *exceptio non numeratae pecuniae* in fatto di lettere di cambio, quantunque anche in questi atti le espressioni formino ciò che ci à di essenziale.

Ora da questa natura degli atti formali, che in essi la loro essenza istessa è riposta nella formola, e che s'indirizzano al *dare* di un *certum*, consegue un altro corollario; vogliam dire, che con l'azione alla base di un atto formale o si otterrà puntualmente tutto ciò che si domanda o non si otterrà nulla. Perciocchè la formola o è interamente giusta o interamente falsa: la sua indole non comporta via di mezzo. Se è interamente giusta l'attore deve ottenere tutto ciò che domanda, chè se l'ottenesse in parte si ammetterebbe implicitamente che la formola fosse in parte giusta: se ella è in tutto falsa, non si atterrà assolutamente nulla. Però

(1) §. 30. J. de action. (4. 6.) Sed et *in stricti juris* judiciis ex rescripto Divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.

Nè gli autori delle Instituzioni sconoscono punto questa inconseguenza.

§. 1. J. de except. (4. 13.) Verbi gratia si metus coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est *jure civili* te obligatum esse; et actio, qua *intenditur dare te opportere* efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita ad impugnandam actionem.

Parimenti il seguente §. 2.

anche nel dritto romano si trova stabilito come massima, che chi in *stricti juris negotiis* si fa a pretendere più di quello gli spetta perde la lite, *causa cadit.*

Cicero de inventione lib. 2. cap. 19.

Ita *jus civile* habemus constitutum ut causa cadat is, qui non quemadmodum opportet egerit.

Quinctilianus declamationes 260.

Sit tolerabile formula errare et *in petitione pecuniae* non uti jure concesso.

Quinctilianus instit. orat. lib. 5. cap. 8.

In omnibus fere causis in quibus excidisse quis formula dicitur hae sunt quaestiones an huic, an cum hoc, *an hac lege*, an apud hunc, an hoc tempore liceat agere.

Idem lib. 7. cap. 5.

Est etiam periculosum cum si *uno verbo* sit erratum tota causa cecidisse videamur.

Quindi consegue come un altro corollario, che quando una *obligatio stricti juris* non è stata interamente estinta dall'obbligato, colui che godeva della obbligazione, non che limitarsi al residuo non ancora prestato, deve dimandare l'adempimento del totale. E poichè queste *actiones stricti juris* comprendono solo *petitiones certi*, la parte della formola che contiene la *intentio* è questa: *si paret dare opportere.*

Fin ora abbiamo parlato delle azioni di stretto dritto, che nascono dalla legge o da quegli atti formali, coi quali va congiunta forza di legge. Ma oltre a queste ci sono anche di certe altre azioni, che quantunque non sorgano da atti formali pure producono effetti simili, e che però si debbono rassegnare fra le azioni di stretto dritto. Esse sono quelle azioni, le quali ànno per base una *pecuniae numeratio.* Nè

osta il passo di Giustiniano, ove si novera il mutuo come di dritto naturale:

§. 2. cf. J. 1. 2. (de Jure naturali)

Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus indroducti sunt, ut emtio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum, *mutuum* et alii innumerabiles.

Perciocchè quantunque la *obligatio ex pecuniae numeratione* non appartenga allo stretto dritto civile, tuttavia le azioni che ne risultano ànno il medesimo scopo: esse sono indirizzate al *dare* di un *certum* per questa ragione semplicissima, che il *certum* che si domanda si trova presso la persona obbligata senza una ragion sufficiente. Ma di ciò si farà meglio parola appresso.

Fin quì delle *actiones stricti juris* in generale. La proprietà più essenziale ch' esse abbiano è questa, che tutte si debbono indirizzare al *dare* di un *certum*, che possono essere solamente unilaterali; cioè, che esse non fanno altro che porre un obbligo in uno verso di un altro, non potendo mai stabilire un rapporto, per cui taluno sia insieme parte che obbliga e parte obbligata; e però non danno mai luogo a *contrarium judicium*. La espressione tecnica romana esprime benissimo questa proprietà loro, dicendo ch' esse non possono esser mai *ultro citroque* (1).

Ora dobbiamo porre d' incontro a queste *actiones stricti juris* le *actiones bonae fidei*. Dicemmo che le prime nascono solamente dalla legge, *lege*, dall' atto

(1) L. 19 de verb. signif. (50. 16.) Et actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in *stipulatione* vel *numeratione*. Contractum autem *ultro citroque* obligationem, quod Graeci συν'αλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem.

formale, pari alla legge, e dal fatto che l'obbligato ritenga presso di sè qualche cosa senza ragione, *re*: dicemmo inoltre, che, stando il fatto che offre la base all'azione sempre in una sola delle parti, le *actiones stricti juris* sono sempre unilaterali; e, quando per avventura la parte, che gode la obbligazione, fosse a sua volta anche obbligata, ciò dovrebbe dipendere da un altro atto. Tali essendo i caratteri principali delle azioni di dritto stretto, le *bonae fidei actiones* all'incontro nascono sia da contratti (1), i quali si diramano in una infinita multiplicità di casi, che per loro intima natura sono sempre bilaterali, sia ancora da altri traffichi della vita; nel qual caso non ànno un contratto per base, ma sono pur sempre bilaterali. In complesso il diritto romano presentava questo concetto assai conseguente, che quella legge, la quale gl'individui per autonomo potere pongono a sà medesimi, non può ricevere forza di legge universalmente, se non serbando quelle forme, le quali già come tali diventano pari alla legge propriamente detta (*stipulatio, expensilatio*); ovvero dandosi il caso che alcuno ritenga presso di sè senza ragione qualche cosa; sendo allora ciò che senza ragione si è trasmesso reputato tuttora come appartenente a colui che lo ripete. Dominando questo concetto generale, i più consueti negozi della vita giornaliera ànno ancora mestieri che la legge li prenda in pro-

(1) Quantunque la *stipulatio*, la *expensilatio* riposino anche su di un contratto, sulla volontà bilaterale, pure non è questo ciò che in essi ci à di principale. Gli è ben vero che la volontà reca ad effetto la *stipulatio*, ed in certo modo è parte integrante della forma; ma una volta che la *stipulatio* esiste, non si attende più, come per prenderne norma, alla volontà delle parti: la sola espressione dello stipulato è ciò che fa stato.

lezione, e facciane scaturire delle azioni. Così dalla compra, dalla locazione, dalla gestione della società e via nascono azioni confermate dal diritto civile. Ora perchè non si dia campo a tanta instabilità di princìpi che in ultimo dovesse reputarsi come valido qualunque *pactum*, questi singoli negozi della vita giornaliera vogliono essere raccolti in determinate nozioni, ed a ciascuno di essi segnar si debbe il campo proprio. Non dimeno questo non potrà mai essere esattamente e recisamente indicato. Niun negozio della vita si assomiglia all' altro: e la diversità e varietà materiale si presta difficilmente ad un novero puntuale. Laonde se ne venne formando la massima giuridica, che i *bonae fidei negotia* possono *ex pacto* trapassare i lor confini, ma senza uscire del tutto dalla nozione loro.

Paulus lib. 5. quaestionum.

L. 5. §. 4. de praescr. verbis (19. 5.)

Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (1).

E siccome in *actionibus stricti juris* la forma, donde esse nascono, è la norma unica dell' azione, sì parimenti quì il negozio reciproco; cioè a dire il modo e la guisa onde si suole condurre in simili faccende la gente onesta, *bona fides*. Se non che questa *bona fides* è varia non solamente secondo che variano le condizioni essenziali e le proprietà di ciascheduna maniera di negozi, sì ancora secondo che ciascun caso si distingue dall' altro; perciocchè convenzioni e circostanze speciali potrebbero ad ogni ora mutare quello per avven-

(1) L. 24. Dep. egreditur ea res depositi notissimos terminos. L. 7. §. 5. de pactis. (2. 14.)

tura si fosse preso in genere a stabilire. E perciò che tutti i *bonae fidei negotia* riposano sopra infinite individualità, consegue che con l'azione nata da tali negozi non si possa domandar mai qualche cosa di determinato. Anzi il giudice deve por mente sopra ogni altra cosa a ciò che costituisce la materia di fatto del caso singolo, e secondo che questa si presenta giudicare di tutta la lite. Inoltre, poichè tutti i cosiffatti negozi vengono conchiudendo rapporti bilaterali; poichè però ciascuno interessato è insieme avente dritto ed obbligato, si pre. sentano di per sè stesso delle eccezioni da porre a disamina, ovvero si apre adito, per ciò che pretende il convenuto, ad un *contrarium judicium*. Dalle quali tutte cose risulta che in cosiffatte azioni non si possa mai indicare determinatamente ciò che l' attore domanda; il che val dire, che, per l' opposto delle *actiones stricti juris*, queste non si possono mai indirizzare al *dare* di un *certum*. Però lo scopo delle *actiones bonae fidei* è sempre un *incertum*; ond' è che la parte della formola che contiene la *intentio* è: *si paret dare facere oportere*. E questo *incertum* è appunto ciò che il giudice, avuto riguardo a ciascun caso singolo, aggiudica; cioè l'interesse di ciascuna parte, *id quod interest*.

Cicero pro Roscio Comoedo.

Quis unquam ad rbitrum quantum petiit, tantum abstulit? nomo. Quantum enim aequius esse sibi dari petiit.

§. 30. J. de action. (4. 6.)

In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat.

Ora ripetiamo in breve ciò che in questo paragrafo siamo venuti più a dilungo discorrendo. L'intima essen-

za delle *obligationes stricti juris* è la unilateralità. Esse nascono da fatti puramente unilaterali ; dalla legge, da atti formali, cui è congiunta forza di legge, e dal fatto dell'avere presso di sè qualche cosa senza ragione. Però da tali obbligazioni possono nascere solamente azioni, ma eccezioni non mai: queste azioni debbono esser dirette assolutamente al *dare* di un *certum*; e finalmente nel giudizio cui danno luogo o si ottiene tutto ciò che si è domandato, o non si ottiene nulla. Ma, per l'opposto delle *actiones stricti juris*, i *bonae fidei judicia* riposano su di una diversità materiale tanto multiforme, per quanto le altre avevano per norma l'ugliaglianza formale. Fra' *bonae fidei judicia* non è nulla che non sia bilaterale; ciascun caso novello è un caso diverso; esso stesso è l'unica norma di ciò che si deve prestare. Però qui non è punto discorso nè di *dare*, nè di *certum*; chè anzi con l'azione si domanda un *incertum*; e questo *incertum* è il sempre variabile inteteresse, *id quod interest.*

Ora in sostegno della nostra opinione recheremo de' brani, che rifermino ciò che fin quì siamo venuti sponendo. Ma in ciò fare è mestieri di eleggere quei luoghi degli antichi scrittori, ove, siccome qui abbiam fatto noi, si pongono fra loro a raffronto le *actiones stricti juris* e le *bonae fidei*, in quello ch' esse presentano di differenze fondamentali.

Cicero pro Roscio Comoedo Cap. 4.

Judicium est pecuniae certae, arbitrium (1) incertae. Ad *judicium* hoc modo venimus, ut totam litem aut

(1) Cicerone le più volte chiama *arbitria* i *bonae fidei judicia*.

obtineamus aut amittamus. Ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus consequamur. Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex. Si paret H — S 1000 dari opportere. Hic nisi planum facit H — S mille ad liballam sibi deberi causam perdit. Quid est in arbitrio? mite moderatum. Quantum aequius melius id dari. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur.

Eundemne tu arbitrum et judicem sumebas? Eidem et infinitam largitionem remittebas et eundem in augustissimam formulam sponsionis concludebas?

Cicero de officiis lib. 3. cap. 17.

Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse Judicis statuere (praesertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique praestare opporteret.

Topica cap. 17.

In omnibus igitur iis judiciis in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier, inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quid aequius melius parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi, quid socium socio, quid eum, qui mandasset eumve, cui mandatum asset, alterum alteri praestari opporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.

Seneca de beneficiis lib. 3. cap. 7.

Quaecumque in cognitionem, id est in judicium cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam Judici. Ideo videtur melior conditio causae bonae, si ad arbitrium mittetur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat terminos ponit: hujus libera, et nulla adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et adjicere, et sententiam suam non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit regere (1).

§. 3.

Nel paragrafo precedente si è discorso della essenza delle *actiones stricti juris* e delle *bonae fidei* in generale: ora tratteremo primamente delle singole azioni della prima specie. Ma innanzi ogni altra cosa è mestieri di dichiarare che col presente lavoro non si à in animo di esporre un sistema compiuto, sì solamente di notare ciò che ne forma i tratti fondamentali; laonde non è nostro disegno di fare un novero compiuto e senza omissione delle azioni che vi appartengono. E questa dichiarazione è posta per giustificare massimamente il modo breve, onde parleremo di quelle

(1) Parimenti Theoqh. ad J. 3. 22. Nam in caeteris quidem obligationibus unus dumtaxat obligatur, et unus alterum sibi obligat, veluti in obligatione, quae re contrahitur, is, qui dedit, obligat; is, qui accepit, obbligatur. In ea, quae verbis constituitur, stipulator obligat, promissor obligatur. In ea, quae litteris fit, ubligatur qui scripsit obligat is, in quem scriptura dirigitur. At vero in hac obligatione, quae consensu contrahitur, uterque utrique obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare apportet, quum in verborum obligationibus alter stipuletur, et obliget, alter promittat et obligetur.

azioni, che scaturiscono dalla legge, bastando, a raggiugnere lo scopo che ci siam proposti, d'indicarne soltanto alcune. Quanto alle rimanenti azioni, per darne chiara notizia, converrà per avventura di farne un novero più puntuale.

Di sopra sponemmo lungamente come le *actiones stricti juris* si volgano sempre a conseguire un *certum*, per contrario di ciò che interviene nei *bonae fidei judicia*, i quali non possono ad altro indirizzarsi che all' interesse, all' *incertum*. Ma ciò facendo si accenna insieme al nome di queste due maniere di azioni. Le azioni che s' indizzano unicamente al *dare* si chiamano, nella lingua del dritto giustinianeo, *condictiones*, e per contrario *actiones*, in senso stretto, tutte le altre azioni personali. Quindi consegue rigorosamente che tutte le *actiones stricti juris* sono *condictiones*, e che non possa, all' incontro, l' *actio bonae fidei* esser mai *condictio*, come quella la cui formola trapassa oltre, e comprende in sè anche il *facere*.

§. 15. J. de actionibus (4. 6.)

> nunc vero abusive dicimus *condictionem* actionem in personam esse, qua actor intendit *dari sibi oportere* (1).

Inoltre se per la essenza de' *bonae fidei negotia*

(1) Non osta punto il fatto che molte azioni di questa specie, le quali per loro natura sono vere *condictiones*, vengono non per tanto chiamate *actiones*; massimamente quando vi si uggiunge la *causa*, come p. e. dicendosi *actio ex stipulatu*. Ad onta di ciò queste sono vere *condictiones*. Questo fatto si spiega con ciò, che il nome *condictio* è stato adoprato più di fresco per le *petitiones certi* (*nunc abusive dicimus*). Anche Cicerone dice sempre *certi petitio*, comechè ai tempi suoi già

le azioni che appartengano a questo genere saranno l'una diversa dall' altra per la loro differenza materiale, sendo sempre l'interesse determinato dal carattere proprio del negozio che lo genera; se, per conseguenza, ci debbono essere diverse *actiones bonae fidei*, con una delle quali si ottiene più e con un'altra meno; d'altra banda, all'incontro, la nozione che abbiamo dello *strictum jus* in genere non consente altro che una sola *condictio*, non potendosi, in fatto di dritto stretto, domandare mai altro se non una sola e medesima cosa, cioè quello che qualche forma esistente autorizza a domandare. Faremo di dichiarare meglio questo nostro concetto a questo modo. I *bonae fidei negotia* estendono la loro diversa efficacia fin sopra quello che si deve ottenere dalle parti: l'interesse, che può nascere, in un contratto di compravendita è diverso da quello, che può nascere dalla locazione. Ma nelle *actiones stricti juris* per contrario, quantunque le forme che dan dritto a dimandare sien diverse, queste non esercitano niuna azione ed influenza su quello che si domanda in giudizio. Laonde le azioni di stretto dritto sono diverse solamente quanto alla lor causa, ma rimangono tutte identiche quanto agli effetti. Il perchè, dividendo le azioni secondo il contenuto materiale, caveremo per conseguenza questo principio, che non ci può essere se non una *actio stricti juris*, una *condictio*. Ed i Romani ebbero questo medesimo concetto: essi riconoscevano una

si trova usato per le *legis actiones*, il vocabolo *condictio*. Hugo, storia del dritto, 6. Ediz. p. 187. Il vocabolo *condictio* si usa massimamente per le azioni che nascono dal fatto che alcuno conservi presso di sè qualche cosa senza ragione.

condictio sola, e molte differenti cause ond'ella prendeva nascimento. I moderni àn fatto l'opposto: essi àn creduto di scorgere tante diverse *condictiones* quante ci aveva di cause. I giureconsulti romani dicono sempre: *condictio competit*; ed alcune volte, indipendentemente da questo, aggiungono la causa: *videlicet ex causa furtiva* (1). E ciò dichiara lucidissimamente perchè Giustiniano non noveri nelle Instituzioni le *stricti juris actiones*, siccome fa delle *bonae fidei*; essendoci, secondo il concetto genuinamente romano, una sola *actio stricti juris* in generale (2). Ma che questo, ed unicamente questo, sia stato il concetto de' Romani si può dimostrare chiaramente. Essi dichiarano che la *condictio indebiti* e quella *ex mutuo* sono una sola e medesima azione.

Gaius lib. 5. aureorum.

L. 5. §. 3. de O. et A. (44. 7.)

Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem, quasi ex mutui datione, et *eadem actione* tenetur, qua debitores creditoribus (3).

Ugualmente quella che nasce *ex stipulatu* e quella che nasce *ex mutuo* sono una medesima azione.

Ulpianus lib. sing. Pandectarum.

L. 24 de rebus cred. (12. 1.)

Si quis certum stipulatus fuerit, *ex stipulatu* actionem non habet; sed *illa condictitia actione* id persequi debet, perquam certum petitur.

(1) L. 29. D. de cont. emt. (18. 1.)

(2) Così dice anche Marciano nella l. 5. §. 4. de in litem jurando in *actione* stricti *judicii*.

(3) §. 1. J. quib. mod. re. I. 3. 15.

Paulus lib. 5. quaestionum.

L. 126 §. 2, in f. de V. O. (45. 1.)

Nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non *duae* obligationes nascuntur: sed *una* verborum.

La epigrafe istessa del titolo *de rebus creditis* offrirà una lucida dimostrazione della unità delle *condictiones*. Essa dice: De rebus creditis, si certum potetur et *de condictione*.

Ma dal concetto che se ne ànno formato i moderni, oltre a molte altre controversie, à dovuto nascere anche quella grave intorno alla differenza fra *condictio ob turpem* e *condictio ob injustam causam*. La qnal disputa in ultimo riesce alla analisi del valor grammaticale de vocaboli *turpe* ed *injustum (1)*.

Adunque, se si attenda alla essenza ed all' effetto, ci à una sola *actio stricti juris* (*condictio*) ; ce ne à molte, se si attenda alle diverse cause delle azioni. Ora, se quì ci siamo fatti a noverare le diverse fondamenta di queste azioni, abbiamo insiememente presentato tutte le *actiones stricti juris*. E di vero di sopra abbiamo indicato la *lex*, in quanto dà fondamento ad *obligationes*, siccome la prima scaturigine delle *condictiones* (da ora in poi chiameremo sempre a questo modo le *actiones stricti juris*). Ogni *obligatio*, risultante dalla legge, deve, per la natura sua determinata, indirizzarsi al *dare* di un *certum*; e però l' *actio*, che ne scaturisce è naturalmente una *condictio*.

(1) Cujacio porta la opinione in parte giustn, comechè confusa per le molte proposizioni accesserie. Com. ad Tit. de reb. cred. (Ediz. Napol. tom. 7. p. 650.)

Paulus lib. 2. ad Plautium.

De condictione ex lege (13. 9.)

Si obligatio *lege nova* introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Cioè se la legge, donde scaturisce l'azione, è de' primi tempi della repubblica romana, allora l'azione non si chiama mai *condictio*; perciocchè, come si è detto di sopra a p. 29 e 30, in tempi più recenti si prese ad usare il vocabolo *condictio* per dinotare le azioni, che s'indirizzavano ad un puro *dare*. Laonde le *actiones ex lege* si potettero chiamare piuttosto *condictiones* solamente da quel tempo in poi, nel quale si prese ad usare questo vocabolo, non più nel primitivo significato di *actio in personam* e sia qualunque, ma *abusive* per una azione intesa ad un *dare opportere*. Così la espressione *lege nova*, nel passo testè riportato di Paolo, avrà il suo giusto significato. In questo senso però tutte le azioni, che scaturiscono da obbligazioni fondate dalle leggi delle dodici tavole, sono *condictiones*, comechè non portino questo nome. Sono tali p. e. le azioni che nascono dal dritto civile e si volgono al pagamento di una penale non arbitraria ma determinata. Onde è che l'*actio de tigno juncto*, *l'actio injuriarum ex lege Cornelia*, la stessa *actio furti* sono vere *condictiones*; benchè quest'ultima, per distinguerla dall'azione *rei persecutoria*, si chiami sempre *actio furti*. Ma poichè quì non possiamo distenderci più oltre su questo argomento, non sarà lieve la dimostrazione che per ora ne possiam torre dalla l. 1. *rer. am.* (25. 2.). Ivi è detto che l'*actio rer. am.* si ammette in vece dall'*actio furti*; e l'*actio rer. am.*,

come più particolareggiatamente diremo appresso, è una vera *condictio*. Anche l'azione, che nasce dalla *lex Aquilia* per un *damnum injuria datum* e s' indirizza al *dare* della *aestimatio* determinata secondo la mercuriale più alta dell'intero anno, per quello abbiam detto innanzi è una vera *condictio*; comechè, per le ragioni or ora indicate, si chiami quasi sempre *actio legis Aquiliae*. E che essa si dirizzi al *dare* di un *certum* secondo la precedente rigorosa *aestimatio rei*, è mostrato dalle parole della legge: *Quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.* Senza che un luogo di Ulpiano dice alla lettera che essa è una vera *condictio.*

L. 9. §. 1. de reb. credit. (12-1.)

Competit haec actio (si parla della *condictio certi* *et ex lege Aquilia.*

In oltre una forte dimostrazione che questa non sia null' altro che una *condictio* è il fatto che Ulpiano l. 2. §. 3. *de privatis delictis* (47. 1.) pone la seguente quistione: *Quesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva an nihilominus lege Aquilia agi possit.* Il che val dire in altri termini: quando *condictus est* per una causa, si può farlo anche per un' altra causa? La risposta è che in questo caso si può, perchè la *aestimatio* della legge Aquilia è diversa di quella della *condictio furtiva.* Ma di ciò parleremo più lungamente appresso. A ciò che sembra si può ritenere che già prima de' tempi di Augusto ogni azione nata da legge si chiamava *condictio ex lege.* Ciò vien dimostrato dall' azione contro il falso denunziatore di uno schiavo, diretta ad ottenere il doppio del suo valore, la quale azione fu

stabilita dalla *lex Julia de adulteriis coercendis*. Chè questa azione si chiama *condictio ex lege* (sc. *Julia*).

Marcellus lib. 2. de Judiciis publicis (48. 1.)

L. 28 ad leg. Juliam de adulteriis coercendis.

Quod ex his causis debetur, per *condictionem*, quae *ex lege* descendit, petitur.

Laonde quante azioni estituite da leggi ci à per il *dare* di un *certum*, tante ci avrà dì *condictiones ex lege*. Prenderle quì tutte a noverare sarebbe lavoro inutile e soperchio, massimamente perciò che molte di esse sono intese unicamente alla pratica forense. Così incontriamo nel §. 34. J. *de act.* una *condictio* per il quadruplo contro gli *executores litium*, i quali carpivano da' loro clienti degli onorari maggiori di quelli eran loro dovutí. L'azione fondata da Giustiniano con la l. 35. C. de don., per la promessa di donazione, è però una *condictio ex lege*, siccome si è sempre rettamente chiamata. S' intende poi agevolmente e senz' altra dichiarazione che qualunque sia la forma, che prende la legge, é sempre capace di fondare *condictiones*; nè produce differenza di sorta se la legge sia un plebiscito, un senatoconsulto o una costituzione dell' Imperatore.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 9. de reb. cred. (*12. 1.*)

Sed si ex senatusconsulto agetur, competit haec actio (sc. condictio certi).

Theopk. ad §. 24. J. de act. (4. 6.)

Τὸν γὰρ *ex lege* Κονδικτίκιον ἀμάχως ἐκ Διατάξεως τίκτεσθαι συμβαίνει (1).

E ciò delle condizioni che sono fondate da leggi in

(1) Non enim dubium est, quin ex constitutione *condictio ex lege* nascatur.

generale. Ma di sopra sponemmo altre basi sulle quali si fondano condizioni: l'atto formale, simile alla legge, ed il fatto del ritenere presso di sè qualche cosa senza ragione. Però ci faremo quì a parlarne partitamente. Se vogliamo sapere quante di queste forme confermate dalla legge ci abbia, sulla cui base si poteva *agire* in giudizio per un *dare opportere*, un passo classico di Cicerone ci giugne molto a proposito, offrendoci la risposta.

Cicero pro Roscio Comoedo cap. 5.

Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat, reliquum est, ut stipulatum se esse dicat: praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio.

Pecunia petita est certa: haec pecunia necesse est aut data, aut expensilata, aut stipu!ala sit.

In tre modi adunque opina Cicerone possa aver luogo la *petitio certi*: o per una *pecuniae datio*, o per una *stipulatio*, o per una *litterarum obligatio*. Ora di queste tre basi della *petitio certi* porremo da canto, fino a più ampia disamina, la *pecuniae numeratio*, come quella che non si rassegna fra gli atti formali. Però delle basi noverate nel passo testè riportato di Cicerone rimangono la stipulazione e la espensilazione (1). Ed ei si può dimostrare, anche con passi del nostro *Corpus juris*, che questi due atti formali dieno fondamento a *petiones certi*, cioè ad azioni indirizzate al *dare opportere*, o, secondo la voce venuta in uso nel dritto nuovo, a *condictiones*.

(1) Fra le diverse opinioni che si portano sulla materia io tengo per vera quella che riconosce i libri domestici (*codices expensi et accepti*) come la vera forma del contratto letterale antico.

Modestinus lib. 5. Pandectarum.

L. 103. de verb. oblig. (45. 1.)

Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec *dari opportere intendi*, nec aestimatio ejus praestari potest, non magis, quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium.

Paulus lib. 6. ad Sabinum.

L. 19. de serv. praed. rust. (8. 3.)

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum inutilis est stipulatio, *quia nec dari ei potest.* Sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis *sibi dari opportere* petere possunt.

E, dopo che fu spenta del tutto l'antica *expensilatio*, l'azione accordata dal dritto Giustinianeo per la *litterarum obligatio*, si chiama nelle Instituzioni parimenti *condictio.*

T. 22. J. lib. 3. (de litt. obl.)

Sic fit, ut hodie, dum quaeri non potest scriptura obligetur, et ex ea nascatur *condictio*, cessante sc. verb. obligatione.

Cosi, adunque, la *verborum* e la *litterarum obligatio*, sendo forme legali, fondano azioni per un *dare*, *condictiones.* Ma, si domanda inoltre: Cicerone à poi sposto tutte le forme legali possibili, donde possono nascere *condictiones*? ed a ciò dobbiamo rispondere di no; percioc- chè Cicerone parla di que' casi solamente, i quali si potevano presentare nella specie, che egli trattava. Le parole: *praeterea enim non reperio* si vogliono riferir non certamente a tutto il dritto, ma solamente alle circostanze speciali del caso, che Cicerone difende. Ed un caso fra' principali per non avere nessuna connessione con la specie di Roscio Comoedo è anche lasciato in dimenticanza da Cicerone; voglio dire l' *actio ex*

testamento, la quale tuttavia non è nè più nè meno di una pura *condictio certi*. Ciò vuole esser quì dimostrato.

Per dritto Romano antico ci erano, come è risaputo, due specie principali di legati, il *legatum vindicationis* ed il *legatum damnationis*. Il *legatum vindicationis* non produceva nessuna *obligatio*, ma dava immediatamente un *dominium*; il legatario poteva revindicare dall'erede le cose legate, come se elle già fossero proprietà sua. Il *legatum damnationis*, per contrario, fondava una *obligatio stricti juris*, cioè era un' altra forma dalla quale poteva nascere una *condictio*. Siccome il *legatum vindicationis* stabiliva, senza bisogno di tradizione o altro modo di trasmissione (secondo la espressione stranissima de' moderni *per transitum legalem*), un diritto reale; sì parimenti nasceva dal *legatum damnationis* una *obligatio stricti juris*, simile affatto alla stipulazione, ma senza bisogno del concorso dell' erede e del legataro, che ne sarebbero le parti. Con questa *obligatio stricti juris* anche nelle nostre fonti è sempre congiunta la facoltà di citare sulla base del testamento.

Pomponius lib. 9. Epistolarum.

L. 46. de leg. 1. (30.)

Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem *dari promiserit*.

Ulpianus lib. 21. ad Sabinum.

L. 39. §. I. eodem.

Ipsius quoque rei interitum post moram debet, *sicut in stipulatione*.

Pomponius lib. 7. ex Plautio.

L. 50. de O. et A. (44. 7.)

Quod quis aliquo anno *dare promittit*, aut *dare damnatur*.

Pomponius lib. 9. ad Sabinum.

L. 23. de V. O. (45. 1.)

Si *ex legati causa*, aut *ex stipulatu* hominem certum mihi debeas.

Paulus lib. 26. ad Edictum.

L. 6. de in litem jurando (12. 3.)

Alias si *ex stipulatu*, vel *ex testamento* agatur, non solet in litem jurari.

Ulpianus lib. 28. ad Edictum.

L. 27. de solut. (46. 3.)

Etiam *circa stipulationem*, et *ex testamento actionem*.

Pomponius lib. 9. Epistolarum.

L. 92- de sol. (46. 3.)

Si mihi alienum servum *dari promiseris*, aut *testamento dare* jussus fueris (1).

ed un passo gia riportato di

Quinctilianus inst. orat. lib. 4. cap. 2.

Satis est dixisse certam creditam pecuniam *peto ex stipulatione*, *legatum peto ex testamento*.

Ora da questi frammenti risulta chiara l' analogia del *legatum damnationis* e della stipulazione, come pure l' uguaglianza de' loro effetti pratici. Senza che, quantunque non fosse necessario di dimostrarlo più altre, si può provare con la testimonianza di altri passi che l' *actio ex testamento* non è null' altro che una *condictio*.

(1) Cf. §. 35. J. de act., l. 18. de O. et A. (44. 7.)

Julianus lib. 33. Digestorum.

L. 82. §. 1. in f. de leg. (1. 30.)

Recte ex testamento petam eam mihi dare opportere.

§. 35. J. de actionibus (4. 6.)

Aut si quis ex testamento dari sibi opportere intenderis, quod ex stipulatu debetur.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 9. de reb. cred. (12. 1.)

Competit *haec actio* (sc. certi condictio) etiam *ex legati causa.*

Paulus lib. 3. quaestionum.

L. 9. D, (12. 5. de cond. ob turpem causam)

Si rem locatam tibi, vel venditam a te vel mandatam, ut redderes pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem ; quod si ut id quod *ex testamento*, vel *ex stipulatu* debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, *condictio dumtaxat* pecunia datae eo nomine erit idque et Pomponius scribit.

Nè deve recar meraviglia che questa condizione si chiama quasi sempre *actio ex testamento :* anche la *condictio certi* fondata nella *stipulatio* si chiama quasi sempre *actio ex stipulatu* (1), e non dimeno è una pura *condictio* (2). Il nome *condictio*, come notammo di sopra, è adoperato costantemente quasi solo per quelle azioni, che scaturiscono da una *pecuniae numeratio*, o da una *rei datio :* tutte le altre *condictiones*, forse perchè le loro *causae* si fondano in istretto *jus civile*, e però sono di origine più antica, vanno

(1) L. 57. de solut. (46. 3.) l. 88. §. 6. D. de V. O. (45. 1.). l. 42. D. pro socio (17. 2.). l. 14. C. de pact. l. 28. D. de act. empti (19. 1.).

(2) L. 24. de reb. cred. (12. 1.).

chiamate *actiones* con la giunta della lor base : *actio ex stipulatu* , *ex testamento*, *ex lege Aquilia*. Giustiniano tolse ogni differenza tra *legatum vindicationis* e *legatum damnationis* , concedendo per qualunque legato una *vindicatio* ed *actio ex testamento*..Ma ciò facendo commise una grande inconseguenza ; perciocchè , quindi innanzi , oltre al caso della *condictio fartiva* , ci .à pure un' altra condizione, che coincide con la revindicazione ; il che nelle Instituzioni è mostrato quasi come un assurdo.

Abbiamo discorso di tre forme confermate dalla legge, onde nasce un' azione intesa ad un puro *dare* , una *condictio* , le quali tre forme sono la *stipulatio* , la *expensilatio* e il *testamento*. Di queste tre forme , secondo a me pare , si compone l' ordine delle *obligationes legitimae* in generale. Non per tanto non si vuol omettere di notare alcune eccezioni , le quali cadono quì assai bene in concio , come quelle che si rannodano strettissimamente alla teorica della stipulazione , e che appartengono interamente al dritto antico.

La dote al tempo de' giureconsulti classici si poteva costituire in due modi : o come ogni altra consueta donazione , dandola al marito , o promettendogliela con la forma consueta della stipulazione. Ma se la donna medesima costituiva la dote , o , ciò che torna allo stesso , se doveva fornirla il debitore o il più prossimo agnato di lei , allora si reputava non fosse assoluto bisogno per costituirla nè la *datio* nè la *stipulatio* ; chè queste tre persone ne restavano obbligate anche con un atto meno formale ; la *dotis dictio*. La forma , senza solenne interrogazione , di tale promessa ci si conserva in un passo importante di Terenzio.

Andria Act. V. Sc. 4. v. 46.

. . . . Ch. Dos, Pamphile, est talenta quindecim.
Pa. Accipio (1).

Ora da tale *dotis dictio* nasceva in favore di colui, cui si prometteva la dote, una *condictio certi*, ugualmente come se la *dos* fosse stata costituita proprio con una stipulazione; perciocchè il nudo *dicere* operava lo stesso che il promittere; e così senza *sponsio* si fondava una *condictio*. Laonde, se si abbia a parlare anche del dritto antico, si può segnare accanto alle altre tre forme discorse di sopra la *dotis dictio* ancora, come la quarta forma legale. Ma dipoi Teodosio secondo, con una disposizione speciale (2), dichiarò non necessario alla costuzione della dote la forma della stipulazione, restando quindi innanzi come validissimo e bastevole qualunque modo, col quale le parti si esprimessero. E con ciò egli non fece null' altro che rendere obbligatoria per ogni persona quella *dotis dictio*, la quale fin quì non poteva obbligare che tre persone solamente. Ma l' azione risultante dalla promessa della dote, dopo la legge di Teodosio secondo non fu più, come per l' incanzi, fondata sopra un atto formale speciale, sibbene fu una *condictio ex lege*; ond' è che la *dotis dictio* non vuole essere più oltre considerata come una speciale *obligatio*.

Oltre alla *dotis dictio* ci à per dritto antico un al-

(1) Gaji Inst. lib. 2. tit. 7. §. 3. — Ulpiani fragm. tit. 6. §. 1. tit. 11. §. 20. l. ult. C. Th. de inc. nuptiis, C. Theodos. de dot. — Cicero pro Flacco cap. 35. — Plinius lib. 2. ep. 4. — Jac. Gothofr. Comm. ad l. ult. Cod. Theod. de dotibus — Schult. Jurispr. p. 154.

(2) L. ult. C. Theod. de dot. (3. 13.). L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.)

tra eccezione, con la quale senza punto di formole solenni si fondava una *obligatio*. Questa eccezione era, che se il liberto promettesse al patrono doni o prestazion di servigi, confermando con giuramento la promessa, restava tenuto siccome per istipulazione alla prestazione giurata.

Gaii Inst. lib. 2. tit. 9. §. 4.

> Item et alio casu uno loquente et sine interrogatione, alio promittente, contrahitur obligatio, id est si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juravit (1).

Quì il giuramento fa quello, che in ogni altro caso non si sarebbe potuto se non dalla stipulazione sola; ond'è che per dritto antico si può ritenere come quinta forma solenne, donde nasceva un'azione per un *dare*, una *condictio*, il giuramento del liberto.

Con ciò noi abbiam tutte discorse le formali ed unilaterali *obligationes*. Ora, per compiere il novero di tutte le fondamenta onde prendono origine le *condictiones*, vuolsi discorrere ancora e comprendere in una nozione sola tutto l'ordine numerosissimo delle azioni intese ad un dare, le quali àn lor causa nel fatto di una *pecuniae numeratio*, o in quello del ritener senza ragione qualche cosa presso di sè. Di sopra non potemmo che leggermente toccare di quest' ultimo fondamento: il trattarne più ampiamente voleva esser serbato per questo luogo, ove cade assai meglio in concio.

(1) L. ult. D. de lib. causa. l. 37. D. de operis lib. l. 34. D. de jurej.

S'egli è vero, per regola, che una *condictio* non abbia altra origine propria e adeguata fuori la legge e gli atti formali simili alla legge, vuolsi fare altresì di presente una eccezione per quelle *obligationes*, le quali nascono dal fatto di colui, che, sanza ragione, ritiene presso di sè, come in proprietà, qualche cosa. Chè, siccome ciascuno, astrazion fatta da ogni rapporto di obbligazione, poteva perseguire la proprietà sua con una *lis vindiciarum*, sempre nell' antico diritto separata dalle azioni; parimenti, quando la proprietà era trapassata senza ci fosse una ragione della sua permanente o provvisoria alienazione, doveva nascere di presente un' azione intesa a farla restituire. Or questa azione, quantunque nasca da una *obligatio*, pure in fondo non è null'altro che un surrogato della *rei vindicatio*. E qui si vuol notare che in fatto di colpa e di mora imperano, per le *condictiones*, quegli stessi princìpi che per le azioni reali; e spessissimo in ciò si congiungono *condictio* e *vindicatio*. Così Paolo nella l. 6. *D. de rei vindicat.* (6. 1.) dice: Si vestimenta *nostra esse* vel *dari oportere* nobis petamus. Ed Ulpiano nella l. 14. *de reb. cred.* (12, 1.): totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset. Il che vuol dire, in altri termini, che allora un' azione si chiama *condictio*, quando interviene il caso che la proprietà è trapassata, e che non si può più revindicare. Siffattamente questa specie di azione palesa questo fatto strano, che, mentre da un canto il fondamento dell' azione è posto sul *bono et aequo*, cioè nella considerazione ch' ei non sia dicevole di ritenere qualche cosa non ne avendo niuna vera ragione, dall' altro canto poi gli affetti dell' a-

zione sono propri del *jus strictum*; perciocchè, risultando quello si domanda da una determinata trasmissione, l'azione è anche determinata nella sua natura (1). Ora quelle azioni, che nascono dal fatto del trasmettere qualche cosa in proprietà altrui, sono in ispezie chiamate con la espressione tecnica *condictiones*, e rarissimamente *actiones* (2). La cagione di ciò è stata già detta di sopra. Nate più di fresco, e per natura *juris gentium*, queste azioni sembra non rimontino ad epoca, che preceda di molto quella, in cui si chiamarono generalmente *condictiones* le azioni indirizzate ad un *dare opportere*; laddove le altre azioni dirette ad un *dare*, le quali già prima erano indicate con la giunta della lor causa, non cangiarono più nome. Ora si può dimostrare agevolmente che il fondamento di queste *condictiones ex numeratione* è posto in *jure naturali*. Quanto al *mutuum* lo dice un frammento delle Istituzioni già riportato di sopra (3): quanto alle altre condizioni si possono recare molti frammenti delle pandette. Per la *condictio sine causa* l. 50. de *jure dotium*, ove è detto: Illud ex *bona fide est* et negotio convenit, ut fundus quasi *sine causa* penes maritum esse coeperit, *condicatur*. Per la *condictio causa data, causa non secuta* la l. 65. §. 4. *de cond. indebiti* contiene queste parole: Quod ad rem datur ex bono et aequo habet repetitionem. Finalmente per

(1) Ioannes d'Avezan in Meermann Thesaurus tom. IV. p. 43. à già mostrato nel complesso questa indole doppia delle *condictiones ex numeratione*.

(2) Pr. J. *quib. re* (3. 15.) l. 24. pr. *de act. emti*: dice *indebiti actio*.

(3) §. 2. J. de jure nat. (1. 2.).

la *condictio indebiti* la seguente l. 66 *de cond. ind.* dice: haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur. E la l. 15 *de cond. ind.*, dice: Indebiti soluti condictio naturalis est. E con pari agevolezza si può d' altra banda dimostrare che tutte le *condictiones ex numeratione* sieno state dai Romani noverate fra le *actionibus stricti juris*; chè que' giureconsulti tenevan l'occhio anzi agli effetti che alla origine delle azioni. Così la *numeratio* va sempre congiunta con la *stipulatio*, sendo riconosciuta l'analogia ch' è fra loro.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 7. D de reb. cred. (12. 1.)

Omnia, quae inseri *stipulationibus* possunt, eadem possunt etiam *nnmerationi pecuniae*: et ideo et condictiones.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 9. D. de reb. cred. (12. 1.)

Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive *re* fuerit contractus factus, sive *verbis*; sive conjunctim.

Ulpianus lib. 9. ad Edictum.

L. 19. de verb. sign. (50. 16)

Et actum quidem generale verbum esse, sive *verbis*, sive *re* quid agatur: ut in stipulatione vel numeratione (1).

Quando si trovano congiunte *obligationes re et verbis*

(1) Si trovano altre pruove ancora a l. 2. §. 4. ad S. C. Vellejanum. §. 17. J. de act. (4. 6.), ove si dice: *veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor.*

si vuole intendere per *re* solamente la *numeratio*, o qualche altro modo, onde si sia ritenuto qualche cosa in proprietà senza ragione; cioè ogni fatto dal quale nasce una *condictio*, ma non punto que' contratti, che Gajo novera fra contratti reali, come sarebbero *pignus*, *depositum*, *commodatum*. E ciò vien dimostrato non pure dalla riportata l. 19. *de verb. sig.*, ove il vocabolo *re* è appresso dichiarato dal vocabolo *numeratio*, ma ancora e più se si ponga mente che que' tre contratti non ànno niuna simiglianza con la stipulazione. Anzi io credo di potere senza pericolo cavare da questo frequente congiungere che si fa di *re* e *verbis* la conclusione, che i giureconsulti romani, toltone Gajo, non àn punto noverato questi tre contratti fra quelli qui *re fiunt*.

Ed oltre alle pruove già recate a ribocco, si à una severa dimostrazione che i Romani collocavano le *condictiones ex numeratione* come le altre tutte fra le *stricti juris actiones*, tanto dalla esposizione fatta di sopra che ci è una sola condictio, quanto ancora dalla l. 24. de reb. cred., ove è detto che l'azione nascente dalla stipulazione e qnella nascente dal mutuo sono una cosa medesima. Ma della duplice indole delle *condictiones ex numeratione*, secondo che si attenda al fondamento o all' effetto loro, parlano due importantissimi luoghi di Trifonio l'uno e di Marciano l'altro, i quali però non voglionsi quì trasandare.

Triphonius lib. 7. Disputationum.

L. 64. de cond. ind. (12. 6.)

Ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio *in condictione naturaliter intelligenda est*.

Marcianus lib. 3. Regularium.

L. 25. in f. de act. rer. amot. (25. 2.)

Nam *jure gentium*, condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident.

Onde si può fondatamente pensare che anche i Peregrini godevano della *condictio ex numeratione*, i quali certamente non godevano di quella *ex stipulatione*, *expensilatione* (1) e *testamento*. Forse il Gajo, che con tanto desiderio aspettiamo (a), ci darà su questo proposito notizie più particolareggiate.

Ora, dopo il nostro ragionamento e dopo le deduzioni, che ne siam venuti cavando, non ci è certamente mestieri di giustificare più oltre il principio da noi posto, che le *condictiones ex numeratione* o *ex datione* vadan comprese tutte in una sola nozione. Dappoichè, essendo di sopra stato dimostrato ch' egli ci à una sola *condictio*, anzi sendo ciò detto espressamente dalle leggi in proposito della *condictio ex mutuo* e della *indebiti* (2); le diverse cause delle *condictiones* non possono formare tanti ordini quante essé sono, e tutte si vengono fondendo nella nozione fondamentale della *datio*. E di vero gli è del tutto indifferente sia che io abbia dato qualche cosa in prestito, cioè con la mente che mi si restituirebbe, sia che la cosa di proprietà mia si trovi senza ragione nelle mani altrui; e ciò qualunque possa essere il fatto, per cui manca la ragione dell' altrui ri-

(1) Secondo la storia del dritto di Hugo, 6. Ediz. p. 597., Gajo parla di *litterarum obligationes* proprie de' Peregrini.

(a) L' anno appresso uscì alla luce la Edizione di Berlino. (*il trad.*)

(2) La l. 18. e la l. 32 *de reb. cred.* lo dicono per le altre *condictiones*.

tenere la cosa mia: che questo fatto sia cagionato da false supposizioni di colui che à trasmesso (*causa non secuta*, o *indebiti)*, sia da male pratiche di colui che riceve (*turpis causa*, o *furtiva*), o finalmente sia anche che questa mancanza di ragione non nasca nè dal fatto di colui che dà, nè dal fatto di colui che riceve (*sine causa*), gli è cosa affatto indifferente. Dal momento in cui compete al mutuante la *condictio ex mutuo* à già cessato di esistere la ragione, onde il convenuto possedeva la cosa mutuata: e però la *condictio ex mutuo* non è in fondo nè più nè meno di una vera *condictio sine causa*, e ricade per tanto nel grande cerchio, che tutte comprende tali condizioni; il fatto del ritenere senza ragione. Questo concetto è espresso chiarissimamente da seguenti luoghi.

Javolenus lib. 1. ex Plautio.

L. 10. in f. de cond. causa data, causa non secuta (12.4.)

> Quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum *sine causa*, an per acceptilationem pervenerit.

Paulus lib. 3. ad Sabinum.

L. 14. eodem.

> Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit: sed ipse dominus tenetur, ut Julianus scribit. Quod si dominus ratum non habuisset, etiam si debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur; non enim *quasi indebitum datum* repetetur; *sed quasi ob rem datum*, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente, vel quod *furtum faceret pecuniae* falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed *etiam condici* ei posse.

E qui con un esempio pratico si mostra per la pri-

ma volta a quali errori conduca tanto la partizione principale delle azioni in contratti, quanto la poca attenzione posta a ciò che ci à di intimamente essenziale in esse. Il disgiungere, p. e., il mutuo dalle altre condizioni mena al concetto che ciascuna *condictio* sia un azione distinta e diversa. E quando Glueck (1), con altri molti, ci va narrando di certe *condictiones*, che egli pretende *bonae fidei*, monstra con ciò di avere elevato alla massima potenza il risultato di quel sistema da noi respinto.

I sistematici credono di fare abbastanza, attendendo solamente alle differenze materiali, senza punto vedere che non si può affatto riuscire ad intendere il dritto romano se non si ponga mente sopra ogni altro alla identità formale. Così Heise (2) pone tutte le *condictiones*, dal mutuo in fuori, insieme col deposito e con l'initerdetto *de precario*. Ma egli non è certamente possibile che queste obbligazioni di tre generi diversi, e nate da fonti differenti si stieno pacificamente l' una d' accanto all'altra senza deturpare o distruggere le loro nozioni. Che a dì nostri sien cessate le differenze formali, e gli affetti delle azioni, a un di presso, sieno gli stessi è veramente una scusa, che non può gran fatto conferire a porre il diritto romano nella sua buona luce. Ei mi torna veramente inaudito, anzi affatto inconcepibile, come mai si possa prendere a scalzare la base ad una scienza, e non per tanto poscia volere che le sue conseguenze germoglino, trapiantandole in terreno straniero. Che ciò faccian coloro, che digiuni di princìpi, com-

(1) Gluech Comm. vol. 13. p. 260.
(2) Heise Compendio. 3. Ediz. p. 102. seg.

pongono leggermente una pratica viziosa, lo vogliam tolerare; ma non già mai che ciò facciano gli studiosi ed i maestri nella scienza. Tornando al nostro proposito adunque riterremo che van considerate come procedenti dal ritenere senza ragione le *condictiones ex mutuo*, *causa data causa non secuta*, *ob turpem causam*, *indebiti*, *furtiva*.

Ma oltre a queste ci à un' altr' azione di che, per compiere questo novero, si vuol quì far parola. Se durante il matrimonio la moglie avesse involato qualche cosa al marito, il concetto dilicato, che i Romani avevano della comunanza di vita fra marito e moglie, non consentiva ch' ella fosse perseguitata con un *actio furti*, anche dopo cessato il matrimonio: che anzi, secondo la opinione di molti giureconsulti, ella, con tal fatto, non consumava pure un furto (1). Il perchè non pure *l' actio furti*, ma neanche una *condictio furtiva* si poteva dare contro di lei: non esistendo o non si potendo punto ricordare (2) il fatto del furto, non ci sarebbe o non si potrebbe nominare la causa, donde scaturisse la *condictio*. Ma poichè, d' altra banda, il marito derubato deve ricuperare il suo, si è introdusse una propria *actio rerum amotarum*. Questa azione veramente non contiene la parola *furtum*, ma non di meno in tutti i suoi effetti e nella sua essenza è una vera *condictio furtiva*: l' *actio rerum amotarum* per

(1) *Quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*. L. 1. rer. amot. (25. 2.)

(2) L. 1. *eodem quibusdam existimantibus*, *ne quidem furtum eam facere*. Del rimanente per l' uomo verso la donna valgono le stese massime. l. 7. eodem.

avventura è alla *condictio furtiva* quello che l' *actio in factum* contro il patrono, all' *actio de dolo*. Con l' *actio rerum amotarum* si ottiene tutto quello che si otterrebbe con la *condictio furtiva*.

Paulus lib. 7. ad Sabinum.

L. 6. §. 4. h. t. (25. 2.)

Item heres mulieris *ex hac causa* tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva.

Però lo stesso Gajo con ragione la chiama *condictio*.

Gaius lib. 4. ad Edictum provinciale.

L. 26. h. t.

Rerum amotarum actio condictio est.

Ma a questa nostra affermazione, che *l' actio rerum amotarum* supplisca alla *condictio furtiva*, sembreranno forse contraddire alcuni luoghi di Ulpiano, i quali a prima giunta appaiono mostrare che la *condictio furtiva* concorra con l' *actio rerum amotarum*. Però non si può a meno di porre questi passi esegeticamente a disamina, affinchè svanisca anche il più lieve dubbio, che alimentar potesse questo errore.

Ulpianus lib. 30 ad Edictum.

L. 17. §. 2. h. t.

Non solum eas res, quae extant in rerum amotarum judicium venire, Iulianus ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt. Simili modo etiam *certi condici eas posse ait*.

Dalle ultime parole di questo brano, chi le consideri leggermente, si potrebbe dedurre che la *condictio furtiva* si possa ammettere accanto all' *actio rerum amotarum*;

onde quest'ultima tornerebbe del tutto superflua. La glossa (1) e Cujacio, (2) e gli autori esegetici con esso, si spacciano brevemente de' fastidi. Essi, contro la storia e senza fondamento alcuno, ammettono con le altre condizioni anche una *condictio certi generalis*. Ammessa che questa sia, il frammento di Ulpiano non offre loro niuna speciale difficoltà : essi ricorrono alla loro *condictio certi generalis*, e tutto è giustificato. Ma poichè il risultamento della sposizione, che siamo venuti facendo, è stato il ricondurre tutte le *condictiones* alla semplice lor base storica; poichè si è dimostrato che, quanto agli affetti, ci à in genere una *condictio certi* unica, e ce ne à diverse solamente quanto alle cause; questa enigmatica *condictio certi generalis*, la quale secondo il nostro concetto sarebbe una *condictio* senza fondamento, deve necessariamente ritornare nel proprio nulla. Però a dichiarare il passo di sopra riportato ci è mestieri di seguire una esegesi più pura delle parole. Ulpiano non dice punto che Giuliano avesse detto starsene l'*actio rerum amotarum* di costa alla *condictio certi*, *sc. furtiva*, siccome si potrebbero erroneamente intendere le parole *simili modo etiam certi condici eas posse ait*. Queste parole si vogliono ravvicinare a ciò ch'ei dice di sopra, che, ancor quando la cosa avesse cessato di esistere in *rerum natura*, pure si può avere l'*actio rerum amotarum*. Allora le ultime parole del frammento: *simili modo* ce avranno questo senso, che, come avviene con l'*actio rerum amotarum*, anche con l'*actio*

(1) Glossa ad leg. 17. §. 2. h. t.

(2) Cujac. *ad tit.* 1. *de reb. cred.* Edige Nap. tom. 7. p. 639.

furtiva si possa *condicere* la *aestimatio* (1). A questa spiegazione si adattano anche molto meglio le parole *simili modo*, anzi potrei dire che esse si prestano a questa sola spiegazione, e che quì, come in altri luoghi (2), si vuol far notare solamente l'uguaglianza degli effetti della *condictio furtiva* e dell'*actio rerum amotarum*.

Ma oltre a questo è mestieri dichiarare un altro passo di Ulpiano.

Ulpianus lib. 5 Regularum.

L. 24. D. h. t.

> Ob res amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales, tam *vindicatio*, quam *condictio* viro adversus mulierem competit; et in potestate est, qua velit actione uti.

La glossa quì ci offre di bel nuovo la sua *condictio certi generalis*: e quì di bel nuovo sarà bastevole una dichiarazione assai più semplice. Dappoichè Ulpiano intende quì per *condictio* l'*actio rerum amotarum* medesima, la quale, dice Gajo nella l. 26, è precisamente una *condictio*. E che ciò sia così risulta necessariamente se si consideri che, ove cio non fosse, Ulpiano in questo medesimo luogo avrebbe fatto menzione ancora dell'*actio rerum amotarum*, perciocchè quì se ne doveva trattare ex professo. Ma il *tam vindicatio quam condictio* esclude ch'ei parli di ogni altra azione. Ond'è che, s'egli avrebbe quì dovuto parlare dell'*actio rerum amota-*

(1) L. 5. de cond. furtiva (13. 1).
In re furtiva condictio ipsorum corporum competit, sed utrum tamdiu, quamdiu extent, an vero et si desierint esse in rebus humanis — Si non obtulit datur condictio aestimationis.

(2) L. 21. §. 5. D. h. t.

rum, e in effetti non parla che di *vindicatio* e di *condictio*, bisogna convenire assolutamente chè per *condictio* si debba intendere l'*actio rerum amotarum*; il che non rimarrà punto più in dubbio, ove si ponga mente alla collocazione delle due azioni l' una accanto all' altra. Che poi l' *actio rerum amotarum* rispetto all' *actio furtiva* non sia null' altro che un' *actio in factum* vuole essere quì notato e ritenuto già per anticipo, fin che non giungiamo ad esporre in generale queste azioni; tanto più, che per mostrar questo nostro concetto abbiamo dovuto trattare dell' *actio rerum amotarum* più diffusamente di quello ci proponevano nel disegno di questo lavoro.

Ora, per compiere questo paragrafo, non dobbiamo altro che ripetere in breve ciò che diffusamente si è venuto trattando. Tutte le *actiones stricti juris* s' indirizzano solamente al *dare* di un *certum*; ed in questo senso *actiones stricti juris* e *condictiones* sono voci sinonime. Studiando la essenza delle *condictiones* si scorge ch' elleno possono essere diverse solamente quanto al fondamento loro, ma, quanto agli effetti, sono una cosa sola. I fondamenti, onde prendono origine le *condictiones*, van divisi in tre classi principali: la legge, la formola, il fatto del ritenere qualche cosa senza ragione. Alla prima appartiene la *lex Aquilia* ed in generale ogni azione nascente da obbligazioni fondate dalla legge. Della seconda classe abbiam noverato tre specie: la *stipulatio*, la *litterarum obligatio*, il *testamentum*, accanto alle quali van collocate come eccezioni la *dotis dictio* e il giuramento del liberto. Da ultimo tutte le condizioni, che procedono *ex re*, e che si addimandano *ex mutuo*, *causa data causa non secuta*, *sine causa*, *ob turpem causam* o *furtiva* ricadono,

ponendole ad analisi, nell' unica nozione generale del ritenere qualche cosa senza ragione. Ora son queste appunto quelle, che per lo più si chiamano *condictiones*: e questo è in esse massimamente notevole, che la lor *causa* è *juris gentium*, mentre poi, quanto agli effetti, esse sono *stricti juris*, siccome venivano dai Romani medesimi considerate. Da ultimo si ebbe a parlare a modo di appendice dell' *actio* in *factum* della *condictio furtiva*, vogliam dire dell' *actio rerum amotarum*, e del suo rapporto in generale con la *condictio furtiva*. Con ciò si può considerare terminata, per lo scopo del presente lavoro, la dissertazione intorno alle singole azioni *stricti juris*. Ma senza bisogno di addentrarsi di più nella opinione di que' giuristi, i quali, di conserva con la glossa per la intera teorica delle condizioni, ammettono alla cieca (1) oltre alle altre tutte anche quella *condictio certi generalis* procedente dalla l. 9. de reb. cred., a me pare che il corso stesso del ragionamento fin quì tenuto abbia dovuto fare scartare dal lettore questa favolosa azione. Siccome ogni condizione à il suo fondamento così per verità anche la *condictio certi generalis* à il suo: ma questo fondamento a me pare non sia posto in altro se non nella ignoranza dell'intera teorica. Del rimanente una esegesi precisa della l. 9. de reb. cred. cadrà assai meglio in concio appresso. Ora avendo nel presente paragrafo posto a disamina la *condictio certi* in genere e le sue basi in ispezie, nel seguente tratteremo della teorica della *condictio triticiaria* e della *condictio incerti*.

(1) Però si vuol passare sotto silenzio anche quello, che ultimamente à pubblicato Unterholzner intorno alle condizioni — Annali per la scienza storica del dritto part. 1. p. 250 e seg.

§. 4.

Quella opinione da noi spesso nel paragrafo precedente notata come parziale e limitata, la quale ammette tante *condictiones* diverse quante ci à cause di una *condictio* unica; questa opinione, dicevamo, la vedremo dominare anche in proposito della *condictio triticiaria* e della *incerti*. Molti si formano del dritto romano questo concetto, che, in dispregio dell'elemento formale, ei sembri in genere di tendere al materiale. Secondo questo concetto moltissimi giuristi (1), prendendo a considerare in tutte le condizioni la diversità materiale, vanno collocando accanto alle altre sorelle queste due altre condizioni, *triticiaria* ed *incerti*, come due azioni novelle. Ma la più parte di quelli, che, partendo da un più sano concetto, non dichiarano la *condictio triticiaria*, di cui ci occuperemo, come un azione propria, le appiccano non di meno questa espressione non punto romana: *adjectitiae qualitatis*. E ciò facendo ci legano una nozione sì falsa che noi non possiamo a meno di censurarla. Essi portano opinione che allora abbia luogo la *condictio triticiaria* quando per una *obligatio dandi* si proceda in giudizio, chiedendo, non già la cosa stessa, ma il valore, che il giudice determinerà secon-

(1) Robertus in Cujacii oper. tom. X p. 149 Boehmer de action. Sectio II cap. V §. 46, e Wachendorf de cond. trit. Cap. 2. §. 7. tengono la condizione tritic: per azione che s' indirizzerebbe all' interesse, quando l' *actio ex stipulatu* non avesse trovato luogo. Essi non pongono mente che la l. 1. h. t. dice: SIVE JUS STIPULATUS *quis sit*. E che! non à dunque luogo qui l' *actio ex stipulatu*?

do stima (1). E qui ancora non si può non riconoscere quanto sia ondeggiante e parziale questo concetto, il quale non poggia sopra un fondamento veramente istorico e proprio dell'intero dritto romano delle obbligazioni. Per l'innanzi non si è atteso a separare, secondo certa severità di princìpi, il sistema delle *actiones bonae fidei* da quello delle *condictiones*; nè si è curato, separati ch'ei fossero l'un dall'altro, di esporne distintamente le differenze fondamentali. E quantunque a ciò, che era come una premessa necessaria, gli autori non dettero opera, tuttavia pretendono di assegnare un posto alla *condictio triticiaria*, il quale trovano con rammarico sia già stato occupato da altre azioni. Giunti a questo punto essi sono sforzati a commettere un atto violento: bisogna fingere che molte azioni manchino de' requisiti necessari a domandare la cosa, e però si volgano al valore; e così con una specie di maneggio tortuoso si arriva a ficcare in riga la *condictio triticiaria*, la quale, se così fatto non si fosse, sarebbe per loro rimasa abbandonata. Ora pochi esempi basteranno a mostrare quali inconseguenze e contraddizioni risultino da tutto questo. Glueck opina, fra l'altre cose, che la *condictio triticiaria* abbia avuto luogo anche ne' *bonae fidei negotia* (2), e mentre in un luogo (3) le appone una *adjectitia qualitas* (il che preso in un certo senso non sarebbe falso), in un altro luo-

(1) Glueck Comm: lib. 13, p. 262. Voet Comm: ad Pand. h. t. §. 1. e 2.

(2) Glueck op. cit. p. 260.

(3) Glueck op. cit. p. 262.

go (1) poi si fa a notare che essa concorre con altre condizioni e per fino con la *condictio furtiva*.

Ora per seguire la nostra dimostrazione, noi dobbiamo legare ciò che siamo per dire a quello abbiam detto nel precedente paragrafo. Tutte le *actiones striti juris* (*condictiones*) si dirizzano necessariamente al *dare* di un *certum*. Quindi consegue che in genere una è la *condictio*. Ma il *certum*, che si domanda, può essere infinitamente multiplice. Laonde, s' ei si volesse dare ad ogni *condictio* un nome diverso, secondo che sono diversi gli oggetti cui ella s' indirizza, si avrebbero in somma tante condizioni per quante sono le cose corporali poste in commercio. Così facendo le condizioni sarebber tutte una cosa sola, considerandole nella loro essenza, ma diverse nella lor base e rispetto all'obbietto ch' esse chiedono in giudizio. Ora chi prendesse a distinguere per classi le *actiones stricti juris* secondo gli obbietti, farebbe opera priva affatto di senno. Perciocchè, siccome la nozione della vendita rimane sempre la stessa, e sia che si venda una casa od un podere, parimenti non rileva punto alla nozione delle condizioni ch'ei si venga a *condicere* olio o vino.

Non di meno questo principio, quì fermato rispetto alle condizioni, va soggetto ad una eccezione molto importante. Ei si possono distinguere, in genere, due ordini, ne' quali si rassegnano tutte le cose corporali poste in commercio. Di questi due ordini generici di cose uno è rispetto all' altro, ciò che la misura è rispetto alla cosa da misurare; ciò che quello, che non à altro valore fuori sè stesso, è per rispetto a ciò che à me-

(1) Glueck op. cit. p. 268.

stieri ancora di una esteriore valutazione. Per ispiegarmi brevemente: dovunque la nozione di *danaro* à preso vigore ed è venuta a notizia dell'universale, accade necessariamente questo fatto, che il danaro diventa quel termine ultimo, nel quale direi quasi tutto si risolve; laddove tutte le altre cose, quando non si risolvano in danaro, non istanno in niun rapporto frà loro. Il danaro è ciò che ci à di comune, quello che riunisce in sè tutto: ei si risolve e trova un equivalente in sè medesimo, laddove ogni altra cosa deve cercarlo nel danaro.

Javolenus lib. 10. Epistolarum.

L. 42. de fid. et mand. (46. 1.)

Si ita fidejussorem accepero, quod ego decem credidi de ea pecunia mille modios tritici (1) fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor; quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest: *quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce estimanda est.*

Paulus lib. 33. ad Edictum.

L. 1. de contr. emt. (18. 1.)

(Pecunia) usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.

Ulpianus lib. 30. ad Edictum.

L. 3. de in litem jurando. (12. 3.)

Cum *certa sit nummorum aestimatio.*

Ora quelle cose *quae pondere*, *numero*, *mensura constant*, dette malamente dai moderni *cose fungibili*, non si assomigliano punto, nella lor natura, al danaro. E

(1) Qui il *triticum*, secondo il concetto romano, è posto a raffronto con *pecunia*, qual rappresentante di tutto ciò che non è danaro.

quantunque esse, meglio che ogni altra rimanente cosa, non possano altrimenti esser rappresentate che da sè stesse, pure, sendo capaci di diversità nella qualità e bontà loro, debbono alla fin fine trovare la lor risoluzione anche nel danaro, come quelle cose, che non si possono prima consumare e poscia supplire.

Ma se questa tanta differenza nasce dalla natura istessa delle cose, non dovrà ritenersi, trattandosi di questa differenza capitale, ciò che di sopra si è detto in generale; voglio dire ch' ei sia cosa priva di buon senno il prendere a dividere le *condictiones* secondo gli obbietti, che con esse si domandano in giudizio. Quantunque le condizioni tutte sieno per lor natura una cosa sola, pure noi fin ora le abbiamo partite secondo i fondamenti ond' esse prendono origine, dovendosi conoscere il fondamento della *condictio* per risolvere la quistione preliminare, se sia o pur no il caso di *condicere*. Ora, posti i due ordini ne' quali si rassegnano le cose che stanno in commercio, diventa necessario, oltre alla partizione già fatta, di partire le *condictiones* anche per rispetto alla natura delle cose, che esse si fanno a richiedere giudiziariamente; voglio dire, se l'obbietto, che il magistrato aggiudicherà, è quello stesso che si richiese, ovvero se il magistrato dovrà aggiudicare l' equivalente dell' oggetto richiesto ma non l' oggetto medesimo. La quale seconda partizione dettata dalla natura delle cose chieste è tanto più necessaria, quanto che, nel caso in cui si debba aggiudicare l'equivalente di ciò che si è chiesto, bisogna attendere al modo, onde questo equivalente vorrà essere determinato; cosa alla quale non occorre di por mente nel caso in cui si aggiudichi la cosa dimandata istessa. E ciò della

essenza e del valor proprio di questa seconda partizione in generale.

Quanto al nome da dare alla *condictio* diventata così doppia rispetto alla specie, cui appagtiene l'obbietto ch'ella domanda, non si presentano difficoltà per denominare l'una delle due maniere; perocchè, essendo una di essa indirizzata solamente ad ottenere un tanto in danaro, non ci sarà nessuno, il quale contrasti che la *condictio* indirizzata al danaro è la *condictio* che s'indirizza ad una *pecunia certa* (*si certum petetur*) (1). Ma vedemmo che, di rincontro al danaro, stanno tutte le altre cose: il nome da dare alla *condictio*, che serve a quest' ordine di cose, presenta meno agevolezza. Ei non è possibile di dare al complesso di molte cose di genere affatto diverso un nome, che le comprende tutte. Ciò che si può fare è di improntare ad una di queste cose il nome, il quale, adoperato a dinotarle tutte, diventi per dir così il rappresentante delle altre. Ciò accade appunto nel proposito che ci occupa: il nome di quella cosa, di cui più si traffica, presta naturalmente il suo nome per indicarle tutte. È quistione però oziosissima, perchè i Romani abbian chiamato *condictio triticiaria* per opposto a quella indirizzata ad una *pecunia certa* la condizione, che si volge a tutte le cose del danaro in fuori. Se fosse stato l'olio la mercè di cui più avessero i Romani trafficato, oggi si andrebbe investigando con pari ragione, perchè presso di loro ci fosse stata una *condictio olearia*. Ma noi sappiamo con certezza che Roma soffrì sempre penuria di

(1) L. 1. pr. de cond. trit. (13. 3.) La *pecunia certa* si può chiamare Κατ᾽ ἐξοχὴν, *certum*, perchè significa sempre assolutamente lo stesso.

grani : la Sicilia era la sua camera frumentaria ; e probabilmente il frumento fu la merce, per la quale si formava la maggior parte de' contratti di prestito, de' testamenti e delle stipulazioni, sendo sempre quello, onde si à più stringente bisogno, ciò di che più si traffica. Laonde, non solo non debbe recar punto di meraviglia, ma vuolsi anche considerar come la più naturale cosa del mondo che una specie di grani (frumento) diventò come il prototipo di tutte le cose, del danaro in fuori; e che, rendutasi necessaria la divisione delle cose commerciabili nelle due specie di sopra dichiarate, si fosse chiamata *condictio triticiaria* quella *condictio* con che si domandava un *certum* che non fosse una *pecunia numerata*.

Ripetiamo in poche parole ciò che fin quì siam venuti sponendo. In genere non vi à che una sola *condictio*. Ma ella può avere diverse fondamenta, e queste si son noverate nel paragrafo precedente. Inoltre l'obbietto, che si chiede in giudizio con la *condictio*, è indifferente per la essenza di questa. Non di meno la natura istessa delle cose forma quì una importante eccezione. Divise le cose, che sono in commercio, in due ordini principali, non s'incontra niun dubbio per aggiudicare l'obbietto della dimanda quando esso appartiene al primo; ma, quando appartiene al secondo, è bisogno di una determinazione più precisa di quella che si offre dalla dimanda istessa. Ciò richiede, oltre alla partizione per le basi, che la *condictio* si distingua ancora per l'obbietto cui è intesa. Quindi abbiamo *condictio si certum petetur* e *condictio triticiaria* (1).

(1) Ora tutti gli sforzi, che si son fatti, per dichiarare questa enig-

Adunque la *condictio triticiaria* non è una novella azione propria ; nè presenta *adjectitia qualitas* o denominazione di sorta, che generasse l' errore capitale preso da' giuristi in proposito di essa. Ella non è altro se non solamente una parte di una tutt' altra partizione della *condictio* , la qual partizione è fatta attendendo agli effetti dell' azione. Però la *condictio* , sia *triticiaria* o non sia, dovrà sempre nascere dalla stipulazione , dal testamento o dal fatto del ritenere qualche cosa senza ragione. Se il più de' giuristi si avessero impresso bene in mente questo principio logico , che ci possono essere più *rationes dividendi*, non ne sarebbero certamente giunti per fino a porre come quesito : perchè si sia introdotta la *condictio triticiaria* quando già se ne aveano di altre. E da ultimo , se essi avessero letto con alcun poco di profondità il passo di Ulpiano , il quale non sempre fa menzione delle diverse fondamenta della condizione , difficilmente sarebbe avvenuto ciò che è avvenuto, che, seguendo un esempio posto per maggior dichiarazione , si è preso a rifare la partizione per fondamenta , tenendo l' occhio a quella per lo scopo.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

L. 1. de condic. tritic. (*13. 3.*)

Qui *certam pecuniam numeratam* petit . illa actione utitur, si certum petetur : qui autem alias res , per

matica denominazione, van passati sotto silenzio. Essi si possono porre d' accanto agli sforzi fatti intorno al cosiddetto utile dell' azione. Non di meno non si vuol trasandare di notare che in tutto il *Corpus juris* non si rinviene questa parola altro che nella epigrafe e nella l. 1. h. t.

triticiariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam : sive in pondere, sive in mensura constent; sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit : sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum. §, 1 Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, *nisi ex causis*, *ex quibus potest*, veluti ex causa furtiva, vel re mobili vi obrepta.

In tutto il frammento si fa parola solo degli obbietti delle condizioni, e si parla dell' azione solo per quanto essa si riferisce a questi. Il §. 1. poi esprime esplicitamente un concetto uniforme al nostro, recando, come affatto digiunte da questa azione, quelle *causae* delle condizioni, le quali fondano una partizione; e, fatta questa digiunzione tra le cause e la *condictio* di cui parliamo, riferisce a quest' azione tutte quante le cause, niuna eccettuata; *nisi ex causis ex quibus potest.*

E ciò quanto al significato della *condictio triticiaria* e quanto al posto, che le va assegnato nel sistema. Ma ora ci rimangono molte cose da dichiarare, le quali, se così senz' altro dirne le lasciassimo, sembrerebbero cozzanti con quello di sopra abbiamo fermato. Voglio dire che noi di sopra abbiam fermato, come essenza intima delle *actiones stricti juris*, ch' elle s' indirizzino al *dare* di un *certum* : quindi inferivamo che non mai si potesse però ottenere con tali azioni nè più nè meno di qnello si era domandato. Ora, poste queste cose, noi sembreremo a prima giunta di dare in certa contraddizione non punto lieve, quando d' altra banda ci facciamo a sostenere che tuttavia le più volte si debba

star contenti, ottenendo alcun che di diverso di ciò che in prima si domandava; in breve, che le più volte si ottenga non la cosa stessa ma solamente la *aestimatio*. Pure una breve proposizione intermedia sarà bastevole a rimuovere tosto l'apparente contraddizione. Secondo quello abbiam detto di sopra una *pecunia certa*, non avendo altra misura che sè stessa, è veramente l'unico *certum*, il quale non dependa da altro. E presso i Romani la *pecunia certa*, adeguatamente alla sua natura, era per così dire la radice ultima di tutte le cose. Però la *aestimatio* è il *pretium rei*, non già alcun che di diverso dalla cosa domandata; anzi quella si adegua siffattamente a questa, che in fondo la prima non è null'altro se non il punto finale della seconda; la cosa domandata vien rappresentata sotto altra forma dalla sua *aestimatio*. Ed in compruova di ciò possiamo affermare senza tema come nell'antico diritto romano non ci era niuna *obligatio* pel *dare* di un *certum*, dal danaro in fuori, la quale non portasse insieme la *aestimatio* determinata, pel caso che l'altro *certum* non si potesse ricevere. Se la *obligatio* nasceva *ex lege*, o ci aveva una *poena* in vece di *aestimatio*, o, come nella *condictio* nascente dalla *lex Aquilia*, la s'indirizzava di per sè stessa alla *aestimatio*, che la legge stessa determinava non prima concorrevano tutte le condizioni dalla legge volute e determinate. Ed in quelle *obligationes*, che nascevano da stipulazioni o da testamenti, veggiamo essere tanto consueto la *obligatio alternativa* e finalmente le clausole penali, che ben si scorge come i Romani si pensassero che la *aestimatio* non era nulla di diverso dalla cosa domandata, che anzi era il suo semplice equivalente, ciò che poteva rappresentarla puntualmente.

Questo che diciamo sarà anche più chiaro se ci facciamo a studiare un tratto la etimologia ed il valor proprio del vocabolo; chè, quì come altrove, è questa la via più sicura per giungere ad una dimostrazione compiuta.

Se la *pecunia certa* in fondo è l' ultimo punto finale, in cui si risolvono tutte le cose, vuolsi concedere ancora come necessario che tutte le cose in fine sien comprese nella nozione di *pecunia*. E tale fu presso i Romani. Essi non chiamavano *pecunia* solamente il danaro contante, ma con tal nome addimandavano tutte le cose che potevano essere *in bonis*.

Ulpianus lib. 49. ad Sabinum.

L. 178. de V. S. (*50. 16.*)

Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora; nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri, nemo est qui ambiget.

Celsus lib. 18. Dig.

L. 88. eodem.

Tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest; sic dicimus centies aureorum habere, qui tantum in prediis, caeterisque similibus rebus habeat (1).

In questo senso Cicerone diceva nella orazione pro Roscio Comoedo: *judicium est pecuniae certae*; in questo senso si può affermare, senza tema d' incontrar contraddittori, che tutte le *actiones stricti juris* s' indirizzano al *dare* di un *certum*, il quale *certum*, elevato alla sua più alta potenza, diventa una *pecunia certa*.

(1) Ed ancora l. 5, l. 77. de verb. signif. (50. 16.) l. 64. in f. de soluto matr. l. pen. Cod. de const. pecunia.

Ma se, come sembra probabilissimo, fu regola nel dritto antico, quando non si trattava di *pecunia certa*, di aggiugnere sempre una *poena* o, ciò che val quasi lo stesso, la *aestimatio* delle cose; questa pratica col tempo dovette seguirsi meno severamente: spesso si dovette mancare di munire a questo modo le obbligazioni. Laonde era necessario che fosser fermi i princìpi intesi a governare la *aestimatio*, nel caso ch' essa non si rinvenisse già determinata. Nè il determinarla potevasi abbandonare all' arbitrio del giudice, perciocchè ne' *judicia ex lege* non ci aveva punto luogo ad arbitrio. E, potendo la *aestimatio* essere diversa, tanto se si abbia rispetto al luogo, quanto se al tempo, è chiaro che, ove fossero mancate stabili dilimitazioni e regole per la estimazione, avrebbe ben potuto intervenire che il *certum* si fosse tramutato in *incertum*. Ora queste regole per la estimazione si rinverranno agevolmente nelle stabili norme canoniche, le quali governano tutte le *actiones stricti juris*. Di sopra abbiam preso le mosse dal principio che con una *condictio* non si potesse in generale ottenere nè più nè meno di quello si era domandato. Stabilimmo ancora per massima costante, che la *aestimatio* è adeguata alla cosa istessa. Ora, se nè *stricti juris judicia* non si può ottenere altro se non la cosa tal quale fu domandata, segue di per sè che la *aestimatio*, la quale sta in luogo della cosa domandata, debba essere quella del dì della domanda (*judicii accepti*). Che se per avventura potesse la estimazione essere di tempo posteriore, potrebbe intervenire che si ottenesse più o meno della cosa domandata: e se fosse di tempo precedente allora la *aestimatio* istessa sarebbe la cosa originaria e non già il semplice equivalente della cosa domandata. Adunque

noi dobbiamo necessariamente ritenere, come illazione della nozione delle *actiones stricti juris*, questo principio giuridico, che in queste azioni il tempo della *aestimatio* è il tempo della contestazione della lite, *tempus judicii accepti*: pel contrario di quello ch' è ne'*bonae fidei negotia*, ove la *aestimatio* è quella del tempo della *condemnatio*. Non per tanto ci convien notare di certe eccezioni a questo principio, le quali nascono dalla natura istessa delle *condictiones*. Se si era stabilito un giorno fisso per l'adempimento della obbligazione, bisognerà domandare la cosa, che si doveva prestare, quale essa era in quel giorno. Il perchè in questo caso la *aestimatio* dovrà esser quella del giorno, in cui si mancò di adempiere alla obbligazione. Parimenti quando la cosa è perita. Anche in questo caso la *aestimatio*, sendo l'equivalente della cosa, non può essere altra se non quella del dì in cui la cosa è perita. La mora forma un caso simigliante al precedente. Chi sta in mora non si libera interamente dalla obbligazione col dare la cosa dovuta, quando essa fosse diventata peggiore per la mora: egli deve aggiugnere tanto di più, quanto la cosa à scemato di valore. Questo, in altri termini, vuol dire che in caso di mora il tempo, cui bisogna attendere nella *aestimatio*, è il *tempus morae*. Ciò detto s' intenderà leggermente che quello veggiamo intervenire per la *condictio furtiva*, cioè che la estimazione debba essere la maggiore di tutto il tempo dall' involamento in poi, non è punto una eccezione alla regola testè fermata, nè offre diversità di sorta dagli effetti della *condictio* in generale. La ragione ne è chiarissima; chè il ladro da che invola l' oggetto è sempre in mora: però è in mora anche al tempo, in cui la cosa involata avrebbe raggiunto il suo più alto prezzo. Adun-

que i princìpi, che regolano la *aestimatio* sono mutati nella *condictio furtiva* non già perchè la causa furtiva sia diversa dalle altre, ma perchè ci si verifica tale una mora, che veramente s' incontra con tal carattere solo in questa *condictio*.

Ora questo, che noi abbiam cavato come conseguenza di un principio, sarà mostrato parimenti da molti passi. E poichè questi vengono ragionando appunto come abbiam ragionato noi, non occorrerà di fare su questo proposito altra esegesi di sorta.

Ulpianus lib. 28. ad Edictum.

L. 3. §. 2. Commodati vel contra (13. 6.)

In hac actione, sicut in caeteris *bonae fidei judiciis*, similiter in litem jurabitur; et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis *in stricti*, *litis contestatae* tempus spectetur.

Gaius lib. 9. ad Edictum provincialem.

L. 4. de cond. triticiaria (13. 3.)

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum; tanti litem aestimandam, Cassius ait, quanti fuisset *eo die*, *quo dari debuit*. Si de die nihil convenit, quanti tum, cum judicium acciperetur.

Julianus lib. 4. ex Minicio.

L. 22. D. de reb. creditis (12. 1.)

Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est, quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: *si non*, *quanti tunc cum petitum esset*.

Celsus lib. 5. Digestorum.

L. 11. de re jud. (42. 1.)

Si Kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocumque post Kalendas accepto judicio, tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea, Kalendis id fieri; *ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quod novissime solvi poterit* (1).

Julianus lib. 88, Dig.

L. 59. de. V. O. (45. 1.)

Quoties in diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur: ejus aestimationem eo tempore spectari opporteret, quo dies obligationis venit: *tunc enim ab eo peti potest, alioquin alias rei captio erit* (2).

Non è nel disegno di questa dissertazione di andar dichiarando tutte le singole antinomie, che la materia presenta quasi come accessorio di quello noi trattiamo, sendo anzi nostro scopo principale di segnare quì le fondamenta di un novello sistema. Non di meno il seguente passo, come quello che, mostrandosi contraddicente col nostro assunto, acquista importanza per l'insieme della trattazione, non vuol esser passato sanza dichiarazione.

(1) Le parole: *quod novissime solvi poterit*, indicano precisamente che la *aestimatio* debba essere necessariamente quella del dì della domanda.

(2) Queste ultime parole: *tunc enim ab eo peti potest*, presentano in breve la ragione da me data di sopra, perchè la *aestimatio* debba esser quella del giorno determinato della domanda. Ancor meglio la presenta la giunta: *alioquin alias rei captio erit*. Conf. l. 22. D. de oblig. et act. — l. 37. mand.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

L. 3. de cond. trit. (13. 3.)

In hac actione si quaeratur res, quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, *condemnationis tempus spectandum.*

Questo passo sembra che in un tratto rovesci tutto quello che noi di sopra, deducendolo come conseguenza di un principio, siam venuti a mano a mano fermando. Perciocchè questo passo, ponendosi in contraddizione con molti altri luoghi di leggi romane, stabilisce come tempo della estimazione quello della *condemnatio.* Forse niun altro punto del *Corpus juris* à fatto tanto delirare gli interpreti quanto questo. Ma tutte le loro disquisizioni intorno a questo punto ànno in parte questo di comune, che gli scrittori, senza formarsi un concetto solido della intera teorica, pure ne volevan prendere a dichiarare le singole parti. Il Pacius (1) ed il Cocceji (2) per esempio si spacciano brevemente della difficoltà incontrata. Essi dicono: poichè tra *bonae fidei* e *stricti juris judicia* ci à fra l' altre questa differenza, che ne' primi e non ne' secondi si attende massimamente al tempo della *res judicata*; chiaro si scorge che in questa contradditoria l. 3. la *condictio triticiaria* parla de' *bonae fidei negotia*: ed ecco, secodo loro, districato il garbuglio. Il grande Cujacio (3), quantunque veramente si faccia al disopra di cosiffatte spiegazioni (le quali presuppongono la ignoranza della intera teorica) pure non si sa trar d' impaccio altrimenti se non asserendo che tutto il frammento

(1) Enanti ophanon Cent. III. qu. 72.
(2) Cocceji jus contr. h. t. q. 2.
(3) Comm. ad tit. de V. O. l. 59. tom. 1. p. 1207.

parli del caso della *mora*, di che si fa parola molto più in giù del passo riportato. Egli però è sforzato dal rigore della conseguenza di questa sua affermazione ad ammettere che al tempo della *condemnatio* la cosa si abbia dovuto trovare giunta al suo massimo valore Ma quanto sia falsa questa spiegazione si vede chiaramente leggendo con attenzione il passo, nella cui ultima metà solamente, e quasi per contrapposto del caso fatto nella prima metà, si fa parola della mora. Il Barclay ed il Merillius (1) sostengono questa opinione giusta in parte, che questo passo di Ulpiano, a differenza di tutti gli altri, parli di una specie: ma poi questi autori non si prendono molto pensiero di poggiare sovra princìpi cotesto lor concetto. Glueck finalmente accetta amendue le spiegazioni date. Ei dice doversi distinguere se si tratti di un *genus* o di una *species*, e doversi inoltre distinguere ancora se la *condictio triticiaria* sia *bonae fidei* o *stricti juris* (2).

Quì parimenti, rimanendo fedeli sempre ai princìpi di sopra stabiliti, dobbiamo porre il passo riportato in armonia perfetta con gli altri tutti. Alcuni interpreti si sono sforzati di conciliare questo passo con gli altri, dicendo che in questo luogo Ulpiano parla di una *species*, e che ei parli di un *genus* in tutti gli altri. Ma questa proposizione presa così universalmente è falsa: trattandosi di *aestimatio* non ci à ragione alcuna per ammettere una differenza tra *genus* e *species*. Il principio che non si possa ottenere più di quello che si domanda vale e pel genere e per la specie ugualmente: e questo prendere che

(1) Otto thes. tom. 3. p. 870 e 678.
(2) Gluech Comm. vol. 15. p. 283 — 290.

fanno a distinguere sembra il ripiego consueto de' giuristi (1). Non di meno in questo distinguere, chi ben l'intende, ci à molta verità, anzi vi si trova proprio la chiave della soluzione. Voglio dire che se io debbo ottenere una cosa tale quale era nel dì della domanda, non si rivocherà certo in dubbio che tutto quello abbia potuto per avventura sopraggiugnere alla cosa dovuta dal *tempus judicii accepti*, come *fructus*, *partus* ed ogni altra accessione, non potrà punto spettare al convenuto (2), ma appartener debbe all'attore.

Papinianus lib. 6. quaestionum.

L. 2. de usuris (22. 1.)

> Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur. Cujus opinionis ratio redditur, *quoniam, quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus, partumque editum restitui opportet.*

Adunque, comechè la *aestimatio* della cosa rimanga sempre quella del tempo in cui fu contestata la lite, non per tanto possono sopragiungere accessioni fino al dì della *res judicata*, le quali vogliono essere anche stimate. In questo sentimento si può senza errore affermare che il termine ultimo di ogni *aestimatio* di cose *cum causa* sia in generale il tempo della *condemnatio*, non si potendo prima sapere che altro vi potesse soprag-

(1) Il perchè anche Gajo in fine della l. 4. h. t. dice in generale: *quod et de caeteris rebus juris est.*

(2) L. 31. de reb. cred. (12. 1.) *Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.*

giugnere: *VERUS EST*, *quod Servius ait*, *condemnationis tempus spectandum*. E poichè non ci à possibilità di accessioni se non solamente in una *species*, in questo senso, non già nel loro, si può giustamente dire co' giuristi ch'ei bisogna quì distinguere *species* e *genus*. Adunque Ulpiano con molta ragione ammetteva nella l. 3. h. t. che si dovesse aver rispetto al tempo della condanna, perciocchè egli quì aveva in mente la *causa* che ancor poteva sopraggiugnere: e ciò senza tacere d'altra banda che la *aestimatio* della cosa in sè stessa rimane sempre quella del tempo *judicii accepti*. Solo a tal modo inteso il passo di cui è parola si potrà dare anche la vera e propria intelligenza alla seconda proposizione, intimissimamente legata col principio del frammento, la quale dice: *si vero desierint esse in rebus humanis*, *mortis tempus*. Dappoichè, s'egli è possibile che in tutto lo spazio di tempo fino alla condanna sopraggiungano sempre novelle accessioni, nel tempo in cui la cosa perisce dovrà cessare del tutto questa possibilità; onde quì si legge il *tempus mortis* contrapposto al *tempus condemnationis*.

Ora, ricomposta in armonia la l. 3. *de cond: triticiaria* con gli altri frammenti, che trattano della *aestimatio* ne' *stricti juris judicia*, non ci rimane su questo proposito altro che recare de' passi di giureconsulti in sostegno di ciò, che sopra abbiam detto intorno alla *mora* ed intorno alla diversa maniera di *aestimatio*, che vien prodotta dalla mora nella *condictio furtiva*.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

L. 3. i. f. de cond. trit. (13. 3.)

In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro 20 habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, *nec liberari eum. Quare* ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

L. 8. §. 1. de cond. furt. (13. 1.)

Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur: Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: *maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur.*

Ed un altro luogo di Ulpiano, che se non s'intendesse a questo modo sembrerebbe contraddicente, dimostra che non punto la *causa furtiva* in sè stessa ma la mora che ne risulta è stata cagione in questa *condictio* alla mutata regola di *aestimatio.*

Ulpianus lib. 43. ad Edictum.

L. 2. §. 3. D. de privatis delictis (47. 1,)

Namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: *condictio autem ex causa furtiva non* egreditur retrorsum *judicii accipiendi tempus.*

Quì Ulpiano stabilisce per massima che la *aestimatio* nella *condictio furtiva*, per opposto a quella *ex lege Aquilia*, sia, come in ogni altra *condictio*, la estimazione del tempo in cui fu contestata la lite. Ora non ci à altro verso per non dichiarare questo frammento in manifesta contraddizione con la l. 8. §. 1. de *condictio furt:*

poc' anzi riportata, se non solamente riconoscendo come giusto e vero il concetto da noi svolto, il quale oltre a ciò si giustifica ancora perchè cavato dalla natura istessa delle *condictiones*; voglio dire che, secondo il principio posto intorno alla *aestimatio*, la *condictio furtiva* va considerata come ciascun'altra *condictio*. Ora la l. 2. §. 3. *de privatis delictis* pone appunto questo principio. Ma, poichè nel caso della *condictio furtiva* ci à una mora sempre continua, deve aggiudicarsi il massimo valore, cui nel tempo interceduto sarebbe giunta la cosa: e di ciò tratta la l. 8. §. 1. *de cond. furt.*

Del rimanente quando la legge istessa à determinato quale debba essere il tempo della *aestimatio*, cessa per un' altra ragione l' imperio della regola che la stima debba esser quella del tempo in cui fu contestata la lite. E quest'altra ragione si è che in tal caso l' oggetto della domanda non è più un *certum* originario, il quale, non potendo venire esso stesso aggiudicato, si abbia a convertire in un prezzo di stima che lo rappresenti: nel caso, in cui la legge determina la *aestimatio*, la *aestimatio* istessa determinata dalla legge è il *certum*, che si fa oggetto della dimanda; e però vuol esser considerato appunto come s' ei fosse una *poena*, che la legge dà dritto di domandare. Così p. e. la *lex Aquilia* dispone che si possa domandare il più alto valore che la cosa avrebbe raggiunto entro l' ultimo anno o entro gli ultimi 30 giorni. Ora quì il *certum* non è più la cosa uccisa o danneggiata, ma il *certum* è formato dalla *aestimatio* istessa determinata dalla legge. E, poichè questa stima ammonta ad un valore maggiore di quello, cui sarebbe giunta la estimazion consueta, si à insieme la stima ed una specie di *poena*: per la qual cosa l' *actio legis Aquiliae* va noverata an-

che fra le azioni penali (1). E quì parlando noi della legge Aquilia non dobbiamo trasandare di discorrere ancora di quel non istar fermi al valore dell'oggetto nella stima del danno, prendendosi anche in considerazione il *damnum*, che mediatamente pativa la parte; del qual modo di valutare fu cagione non tanto la parola della legge, quanto la interpretazione datane da' giureconsulti ramani.

§. 10. J. de lege Aquilia (4. 3.)

Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perenti corporis aestimationem habendam esse, secundum ea, quae diximus; sed eo amplius quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis illatum fuerit; veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum, ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit; nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat.

Questo danno mediato può considerarsi, direi quasi, come una *causa* negativa; voglio dire, come una *causa*, la quale non aveva luogo pel fatto del convenuto: non per tanto non ci à nulla che pugni assolutamente ad ammettere una *aestimatio* maggiore del valor della cosa istessa; poichè questo caso è simile a quello, in cui si aggiungano alla cosa delle accessioni. Non di meno questo caso è una delle invasioni, che venne facendo nel campo dello stretto diritto il principio della equità, il quale in questa specie è propugnato e cacciato innanzi dalla interpretazione. E noi di sopra generalmente no-

(1) §. 9. J. h. t. *qua ratione creditum est*, POENALEM *esse hujus legis actionem: quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris.*

tammo che questo principio equitativo si andò sempre più e più distendendo per modo, che la materiale nozione del *dolus* e della *culpa* penetrasse fino nel diritto formale. Il perchè noi dobbiamo del pari prender le mosse dal principio della equità per ispiegare, che nella *condictio furtiva*, come nella *lex Aquilia*, si vuole estimare il danno mediato (1); ma sempre per modo, tanto nell' una quanto nell' altra, che non si prenda in considerazione proprio l'interesse, nel senso in cui, come diremo appresso, vuole essere intesa questa espressione.

Paulus lib. 2. ad Plautium.

L. 33. ad leg. Aqu. (9. 2.)

Si servum meum occidisti, non *affectiones aestimandas esse puto* (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) sed *quanti* omnibus valeret . . . . In lege enim Aquilia *damnum consequimur*; *et amisisse dicemur*, *quod aut consequi potuimus*, *aut erogare cogimur.*

Da questo frammento scaturisce che per la *lex Aquilia*, come per tutti gli altri *stricti juris judicia*, va stimato solamente il danno obbiettivo, la consueta rei *ae-*

(1) La controversia, se il valore di affezione dovesse entrare o pur no nella estimazione, è nata perchè la teorica dell' *id quod interest*, che si doveva trattare parlandosi di quella de' *bonae fidei negotia*, è stata confusa con quella della *rei aestimatio*, e riguardata come a questa congiunta. A quella nota quistione non è punto difficile rispondere a questo modo: nei *stricti juris judicia*, ove non bisogna attendere ad altro che alla obbiettiva *rei aestimatio*, il valore di affezione non va tolto a considerare; perciocchè esso è tutto subbiettivo; ed in ciò vedi l. 33 ad leg. Aquil. Ma nei *bon. fid. neg.* l' affezione è appunto quello di che si deve giudicare; ed in ciò l. 54. mand.

stimatio, senza aver punto rispetto a ciò che ci possa essere di proprio del subbietto attore (*affectus*, *id quod interest*); e ciò per contrario di ciò che interviene nelle *bonae fidei actiones*, ove appunto il subbietto attore vuole esser preso in considerazione. E quì vogliamo fare avvertiti i nostri lettori che, quando incontra tanto nell'*actio legis Aquiliae* quanto nella *condictio furtiva*, di leggere che ivi à luogo la *aestimatio ejus quod interest*, bisogna por molta diligenza nel vedere il sentimento, che conviene dare a questa espressione.

Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

L. 21. §. 2. ad leg. Aqu. (9. 2.)

Sed utrum *corpus ejus solum* aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc jure utimur, ut ejus quod interest fiat aestimatio.

Paulus lib. 9. ad Sabinum.

L. 3. de cond. furtiva. (13. 1.)

Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis.

Ei non bisogna prendere quì l' *id quod interest* nel sentimento, che à in fatto di *bonae fidei actiones*: l'*id quod interest* à un doppio significato: alcune volte questa espressione significa solamente la *aestimatio* estesa, la quale comprende l'immediato danno e le *causae*, come è in questi due passi; e però, per distinguere dalla pura *aestimatio corporis*, si chiama *aestimatio quae agentis interest*. Alcune altre volte poi *id quod interest* per apposto alla stima obbiettiva significa la valutazione dell'in-

teresse subbiettivo dell'attore, come avviene nei *bonae fidei negotia*. (1)

E ciò della *aestimatio* negli *stricti juris judicia*, per ciò che risguarda il tempo e la sfera entro cui si abbia ad estendere la valutazione. Ciò posto ei ci rimane ancora alcuna cosa da notare intorno al luogo, nel quale si abbia a fare la *aestimatio*. Dappoichè, sendo nelle *stricti juris actiones* oggetto della domanda un *certum*, e potendo la *aestimatio*, che il rappresenta, esser maggiore o minore così pel tempo come pel luogo in cui si faccia; necessariamente dovranno rispetto al luogo valere ancora quelle determinazioni, delle quali abbiamo discorso per rispetto al tempo. Ei non si può ricevere più di quello che si è domandato. Però, quando si è

(1) Questo doppio significato della espressione si puó innanzi tratto mostrare, ponendo a raffronto alcuni passi. Mentre la l. 198. de V. S. pone il *quanti ea res est* d' incontro all' *id quod interest*, con queste parole: *haec verba, quanti eam rem paret esse, non ad quod interest sed ad rei aestimationem referuntur*, pure la l. 3. §. 11. *uti possid.* (43. 17.) dice: *In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. Quanti res est sic accipimus, quanti unius cujusque interest, possessionem retinere.* E l. 68. *de rei vind.* (6. 1.) *Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam* QUANTI RES EST, *id est,* QUANTI ADVERSARII INTERFUIT *condemnandus est.* L' *id quod interest* in generale non si riferisce punto alla cosa; esso è del tutto subbiettivo, Però l' *id quod interest* si vede contrapposto alla *aestimatio*, che è la obbiettiva valutazione indicata con la espressione: *quanti ea res est* o *esse paret*, l. 179, de V. S. Ma anche la *aestimatio* può essere di due maniere: o può contenere unicamente la *aestimatio corporis*, o può includere anche gli accessori, nel qual caso è anche una *aestimatio ejus quod interest*, come nella *lex Aquilia* e nella *condictio furtiva*. Questa *aestimatio* lata è indicata propriamente dalla espressione: *quanti ea res est.*

stabilito un dato luogo per il pagamento, non si può domandare altrove (1), nè si può dare altra *aestimatio* che quella del luogo determinato. Quando poi non si è indicato il luogo del pagamento, bisogna far capo alle regole di giureprudenza intorno al foro competente. In tal caso si potrà ottenere solamente la *aestimatio* di quel luogo, ove si può domandare, o, se si possa domandare in più luoghi, quella del luogo ove realmente si è domandato. E di ciò parlano i seguenti passi.

Gaius lib. 9. ad Ed. prov.

L, 4. i. f. D. de cond. trit. (13, 3.)

Idemque juris (prima si è parlato della *aestimatio* del tempo) in loco esse; ut primum aestimatio sumatur *ejus loci*, *quo dari debuit*, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur.

Julianus lib. 4. ex Minicio.

L. 22. i. f. de reb. cred, (12. 1.)

Interrogavi cujus loci pretium sequi opporteat? Respondit si convenisset ut certo loco redderetur, *quanti eo loco esset;* si dictum non esset, *quanti*, *ubi esset petitum.*

Il che allude al luogo più acconcio per introdurre l'azione, onde i moderni, seguendo il modo già innanzi indicato, deducevano ci fosse un'altra *condictio* propria per il luogo, alla quale lor creazione dettero il nome di *condictio de eo quod certo loco*. Siccome or ora si è detto, negli *stricti juris judicia* non si poteva punto domandare in un luogo diverso da quello, ch'era stabilito pel pagamento; il far ciò sarebbe stato manifestamente

(1) Se taluno domandasse *in alio loco* farebbe una *plus petitio*.

una *plus petitio*. Ma questa severità del dritto formale era per ogni rispetto dannevole ai creditori. Facciamo caso che il debitore, sia casualmente sia a bella posta, non ponesse il piede in quel sito, nel quale solo poteva esser convenuto in giudizio, ed ecco che il creditore non aveva più verso alcuno di far valere il diritto proprio. E come cavarsi di questo impaccio? Eludere il dritto formale, facendo una eccezione per il luogo, avrebbe rovesciato tutta l'essenza dello *strictum jus*. D'altra banda non si voleva abbandonare così il creditore, senza apprestargli qualche rimedio giuridico. I Romani se ne cavarono conseguentemente a' loro princìpi. Concedere al creditore una *condictio* in un altro luogo non si poteva senza rovesciare tutto l'edifizio del diritto romano: una *bonae fidei actio* neanche si poteva, perciocchè questa avrebbe voluto a sua base un dato negozio, il quale mettesse capo nella *bona fides*. Si concedette adunque al creditore, per istituir la domanda in ogni altro luogo, fuori quello determinato pel pagamento, un' *actio utilis* (1), la quale, fondandosi nell' *arbitrium judicis*, era una di quelle *actiones arbitrariae*, il cui carattere indicheremo brevemente appresso. L'oggetto dell'azione non era più un *certum*, ma il giudice, togliendo a considerare nel suo beneplacito in che rapporto fosse il luogo indicato pel pagamento col luogo ove in fatto s'istituiva l'azione, attendeva a giudicare nell' interesse di ambe le parti. Se lo scambio de' luoghi, senza colpa del convenuto, ne menasse danno al costui interesse, l'attore riceveva tanto di meno quanto era lo scapito che all' altro sarebbe toc-

(1) L. 1. i. f, de eo quod certo loco (13. 4.) *ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare*.

cato: se per contrario scapitava l'attore, istituendo la domanda in un luogo che non era quello indicato pel pagamento, ed allora si poteva aggiudicare a costui anche più di quello per dritto stretto gli sarebbe toccato. In breve, l'intero carattere del rapporto di obbligazione, quale si era formato, si rimutava: di una *obligatio certa* nasceva una *incerta* (1). E ciò basta anche a confutare la opinione della maggior parte de' giuristi, i quali parlano di una *condictio de eo quod certo loco* (2). Chè, non potendo mai l'*actio stricti juris* riposare sull'arbitrio del giudice, segue di per sè che l'azione di cui discorriamo non può esser punto una *condictio*. Nè potrebbe essere un' appendice della *condictio certi* consueta, sendo, per opposto a questa, un *incertum* ciò che con quella si ottiene. Se ci à per avventura cui non basti questa dimostrazione, che noi qui, per mostrare come un' *actio arbitraria* non può esser mai una *condictio*, abbiam tratto da quello di sopra si è stabilito; non potrà certamente alimentare più oltre il suo dubbio se ponga mente alle seguenti pruove. Tutti i precedenti titoli delle leggi romane portano per epigrafe: *de condictione*, con la giunta della causa; ed il titolo, che tratta del presente nostro suggetto porta semplicemente questa intestazione: *de eo quod certo loco dari oportet*. Aggiugni che in tutto questo titolo non si adopera mai la voce *condicere* o *petere*,

(1) L. 2. pr. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(2) Noodt *ad Dig.* Com. h. t. p. 306. e Glueck vol. 13. p. 301 — 360, parlano di una *condictio de eo quod certo loco* sì determinatamente come se ella fosse proprio nominata nelle Pandette: e ciò senza darsi un pensiero al mondo per sapere se fosse o pur no stata mai indicata dai Romani questa *condictio*; quistione che forse stimarono oziosa.

e si parla unicamente dell' *arbitrium judicis*. Senza che, il carattere di questa azione è diversissimo da quello della *condictio*; poichè questa s' indirizza ad un *dare oportere*, e quella dà al magistrato il potere di determinare ciò che l' attore debba ricevere. E metti che i passi principali di questo titolo sono tolti dal libro 27.° di Ulpiano e dal libro 9.° di Gajo *ad edictum*; quei libri medesimi, donde si è preso molto pel precedente titolo *de condictione triticiaria*. E tutti quei passi mostrano di riferirsi a ciò che in questo titolo si è detto solamente quanto al *locus solutionis*. Ma poichè Giustiniano separò questi passi dagli altri; per parlare dell' *actio arbitraria* in un titolo apposito, i giuristi, con una onnipotenza tutta loro e senza discorrere più che tanto del fondamento della teorica di cui parlavano, ànno elevato l' *actio arbitraria* a *condictio*; e ciò, non pure senza giustificare il fatto loro, ma non si dando però neppur un fastidio al mondo.

Da ciò che abbiamo fin quì detto s' intenderà di per sè che quest' *actio arbitraria* à luogo in tutti que' casi, che, essendosi stabilito il luogo del pagamento, non si potrebbe, mutando il luogo, dar campo alla *condictio*. La causa della *condictio* è indifferente per l' ammisibilità dell' *actio arbitraria*. E quantunque le stipulazioni sieno per le *condictiones* le basi più comunemente mentovate nel titolo che parla dell' azione arbitraria, pure essa à luogo parimenti in fatto di *mutuum* e di *testamentum*.

Paulus lib. 28. ad Edictum.

L. 5. h. t. (13. 4.)

Si heres a testatore jussus sit, certo loco quid dare, arbitraria actio competit.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

L. 6. h. t.

Aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.

Ei poi consegue di per sè che solamente in *stricti juris actionibus* può farsi sentire il bisogno di una *utilis arbitraria actio*. Dappoichè in *bonae fidei judiciis* la *plus petitio* non nuoce; che anzi è della essenza di queste azioni che l'interesse delle parti sia valutato e determinato dall'*arbitrium judicis*; onde è che l'accordo delle parti è ciò che stringe l'obbligazione, ed esso stesso è subordinato alla buona fede ed all'arbitrio del giudice.

Paulus lib. 28. ad Edictum.

L. 7. h. t.

In bonae fidei judiciis, etiam si in *contrahendo* convenit, ut certo loco quid prestetur, ex *empto vel vendito*, *vel depositi actio competit*, non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis *stipulatus sit*; *hac actione* utendum erit.

Dopo di aver discorso in questo paragrafo del vero significato della *condictio triticiaria*, del suo posto nel sistema e della essenza della *aestimatio* in *stricti juris judiciis*, ora dobbiamo porre la pietra finale della intera dottrina delle *obligationes stricti juris*, svolgendo la teorica della *condictio incerti*. E prendendo a trattare di questa dobbiamo primamente rannodare ciò che siamo per dire con quello di sopra si è stabilito. Obbietto di ogni *obligatio stricti juris* deve essere necessariamente un *certum*. E quantunque il certum per eccellenza, inalterabile sia per sua natura la *pecunia certa*, non però le rimanenti cose corporali cessano di essere

res certae; potendo queste esser date o esse stesse o risolute nel loro equivalente, mercè determinata valutazione in danaro. Laonde l'essenza del *certum* non istà in questo, che la cosa debba essere proprio danaro contante, ma sì in questo, che, sia pure qual si voglia l'oggetto, si possa in fine risolvere pontualmente in danaro. Ma (mi si consenta l'espressione matematica, giacchè è quella che meglio indica ciò che voglio dire) perchè il danaro possa combaciare esattamente con la cosa da valutare, è mestieri inevitabilmente che i limiti dell'oggetto, il quale in ultimo si convertirà in danaro, sieno con precisione determinati; perciocchè se così non fosse non sarebbe possibile, non che il combaciamento, pure ogni uguaglianza (*aestimatio*) con una *pecunia certa*. Adunque non ci sarà *obligatio certi* di sorta quando, stringendosi l'obbligazione, l'obbietto suo non sia noto perfettamente in tutta la sua periferia; chè altrimente non sarebbe possibile farne la esatta valutazione. È mestieri inoltre che l'oggetto abbia un valore obbiettivo, una mercuriale; chè altrimenti la *aestimatio*, che se ne deve fare, sarebbe possibile solo fisicamente parlando, ma non sarebbe mia praticabile. Studiata così la nozione del *certum*, a mano a mano ci siamo fatti di presso anche alla nozione dell'*incertum*, la quale necessariamente, come nozione fondamentale di tutta la teorica che abbiam preso a svolgere, deve essere saldamente stabilita a suo fondamento. Chè se la nozione del *certum* c'indica come caratteri di questo l'essere esso una cosa corporale determinata, conosciuta esattamente nella sua periferia e che abbia un valore universale, obbiettivo nè traffichi e nel commercio, senza dipendere menomamente dalla subbiettività dell'attore

o del convenuto; sè tale è il *certum*, dicevamo, si presenta di per sè alla mente quello dobbiamo intendere per *incertum*. L'*incertum* è l'opposto del *certum*. Adunque ivi è *incertum* ove non concorrono nella cosa tutti i caratteri del *certum*. Cioè o che ci abbia una cosa corporale, corrente in commercio ed avente un valore obbiettivo, ma la cui periferia non sia esattamente nota ed indicata; o pure che la cosa sia esattamente nota e descritta nella sua periferia, ma che non per tanto, pigliando pregio maggiore nella subbiettività delle parti, non abbia in sè stessa un valore universale, obbiettivo (1). Tutti gli esempi tramandatici dai giureconsulti romani di *res incertae* vanno compresi in queste due rubriche, le quali àn questo di comune, che per ambe impera del pari la impossibilità della esteriore *aestimatio*. Così vino, biada, olio ben sono in sè cose certe; ma ei ci à di più sorte vini, biade, olii: sicchè la giunta della qualità loro, determinandone esattamente la periferia, ne rende possibile la *aestimatio*. Però, quantunque queste merci sieno nel commercio e vadan suggette a mercuriali, pure le molte qualità loro più o meno elette fanno sì, che, quando la non si aggiunga alle altre indicazioni, la cosa rimane un *incertum*, come sarebbe se affatto non avesse valore obbiettivo.

(1) L. 74. D. de V. O. (45. 1.). *Certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit.* — L. 75. h. t. *Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.* — L. 6. de reb. cred. (12. 2.) *Certum est cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur.*

Ulpianus lib. 22. ad Edictum.

L. 75. de V. O. (45. 1.)

Ergo si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, *aut vinum, frumentumve sine qualitate* dari sibi stipulatur; incertum deducit in obligationem.

§. 2. Usque adeo, ut si quis ita stipulatus sit; tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum? incertum videatur stipulari; quia bono melius inveniri potest, quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa, cum id, quod bono melius est, ipsum quoque bonum sit. At cum *optimum* quisque stipuletur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet, quae res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit.

È ciò delle *res incertae*, le quali ben ànno in sè un valore obbiettivo, ma che in effetti ne son prive, perchè, non essendo esattamente determinata la periferia della cosa, quel valore resta ignoto.

Ora ci resta a dire dell'altra maniera di *incertum*; voglio dire di quelle cose, le quali comechè sien note e ben determinate nella esteriore periferia, pure non sono capaci di obbiettiva estimazione, sia perchè non poste nel commercio degli uomini, sia perchè, poste in commercio, non potrebbero venir giustamente valutate senza torre in considerazione le subbiettività dell'obbligato o dell'avente dritto; e però non sarebbero capaci di andar regolate dalle mercuriali. Ora ogni fatto, dal *dare* in fuori, va compreso in questa categoria; perciocchè tutto ciò che si può dare può essere estimato secondo il valore suo universale, e senza rispetto alla persona che dà o a quella che riceve. E quello può es-

sere un *certum*, che non à punto mestieri di riferirsi alla subbiettività delle parti per compiere la propria nozione. Ma quando non ci à una cosa, la quale, per così dire, si collochi come mediatrice fra le parti, ed a sè riferisca e riduca ogni rapporto, che fra le parti si stabiliva; allora si à un fatto, il quale consiste propriamente nella specifica individualità di colui, che deve prestarlo e di colui cui deve esser prestato, siccome ancora nel rapporto stabilito fra essi due. Però in questo caso non si può far punto parola di valutazione universale; chè, se non si prendessero più in considerazione le persone del creditore e del debitore, il fatto, che si dee prestare, sarebbe una cosa affatto diversa, o pure non avrebbe valore alcuno, sendo il pregio ed il valore del fatto tutto relativo a queste persone. Ciò rende siffattamente *obligatio incerta* qualunque *obligatio in faciendo*. Similmente va considerato siccome *incertum* l'esercizio di diritti sulla cosa altrui. Dappoichè i diritti da esercitare, sendo sempre più o men relativi alla individualità di colui che gli esercita (la quale però deve essere tolta a considerare innanzi ogni altra cosa), non patiscono valutazione universale, come si può fare delle cose. Però la stipulazione di un usufrutto, e sia pure esattissimamente determinato; la stipulazione di una servitù, e sia pure notissima la sua estensione quanto può essere quella di qualsivoglia fatto, saranno sempre *stipulationes incertae*; perciocchè l'usufrutto val più o meno secondo che l'avente diritto è più vecchio o più giovane; la servitù non può essere valutata adeguatamente, se non quando si ponga mente alle speciali circostanze e condizioni del fondo dominante.

Ulpianus lib. 22. ad Edictum.

L. 75. de V. O. (45. 1.)

§. 3. Fundi certi, si quis *usumfructum* stipulatus fuerit, *incertum* intelligitur in obligationem deduxisse; hoc enim magis jure utimur.

§: 7. Qui id, quod *in faciendo*, *aut non faciendo* stipulatur; incertum stipulari videtur; in faciendo veluti fossam fodiri, domum aedificari, vacuam possessionem tradi; in non faciendo, veluti per te non fieri, quominus mihi per fundum tuum ire agere liceat; per te non fieri, quominus mihi hominem Erotem habere liceat.

Ma noi dobbiamo addentrarci di più nelle ricerche intorno all' *incertum*. Per la medesima ragione, per cui abbiamo chiamato *obligatio incerta* quella, in cui la *aestimatio litis* dipende o in tutto o in parte dai riguardi alla subbiettività dell' avente dritto; per la medesima ragione, dicevamo, dobbiamo dire che ci è *incertum* quando è rimesso all' arbitrio dell' obbligato di scegliere fra più obbietti quello, che dovrà prestare, essendo tutti capaci di estinguere l' obbligazione. Dappoichè avendo noi veduto dalla nozione della *obligatio certa* che con l' azione a questa rispondente si dovrà ricevere o nulla o esattamente ciò che si domanda, possiamo di leggieri comprendere che si à fra mani un *incertum* nel caso che, fatta la domanda, non si possa sapere che cosa si otterrà con la sentenza. Il perchè ogni *obligatio alternativa* è per intima natura *obligatio incerta*. Nè muta di un capello questo che diciamo l' osservare che tutte le cose poste in alternativa sieno *res certae*; perciocchè in questo caso l' incertum è precisamente quell' ondeggiare fra quelle *res*

certae, delle quali una sola sarà l'obbietto, che si dee prestare. Il seguente passo lo dice.

Ulpianus lib. 22. ad Edictum.

L. 75. §. 8. de V. O. (45. 1,)

Qui illud aut illud stipulatur , veluti decem , vel hominem Stichum : utrum *certum* an *incertum* deducat in obligationem , non immerito quaeritur ; nam et *res certae* designatur ; et , utra earum potius praestanda sit , *in incerto est.* Sed utcumque is , qui sibi electionem constituit , adjectis his , verbis , utrum ego velim , potest videri certum stipulatus : cum ei liceat vel hominem tantum , vel decem tantum intendere sibi dari opportere ; *qui vero sibi electionem non constituit , incertum stipulatur.*

E ciò intorno alla nozione dell'*incertum* in genere. Ma ora , avendo noi già dimostrato che la essenza delle *stricti juris actiones* consiste in questo , ch' esse s' indirizzano sempre ad un *certum* ; per non parere contraddire alle nostre premesse istesse , dobbiamo dichiarare diligentemente il senso , nel quale si possa parlare d'*incertum*, allorchè si tratta di *stricti juris actiones.* Solamente il *certum* può essere oggetto di *obligatio stricti juris* , è verissimo : in altri termini , questa obbligazione può consistere solamente *in dando.* Ma se però ciò che esclude dal campo del dritto stretto le obbligazioni *in faciendo* si è il rapporto intimo e necessario , che un fatto qualsivoglia , fuori il *dare* , à con la individualità della parte; bisognerà concedere che esse non ne sarebbero più escluse , quando la subbiettività della parte non dovesse più esser tolta in considerazione ; voglio dire , quando questa subbiettività , trattasi fuori della sua

essenza indeterminata, offrisse una misura universale per valutare qual valore avesse rispetto ad essa subbiettività quel *factum*, oggetto della obbligazione; in altri termini, quando la subbiettività della parte mostri che cosa rispetto a lei abbia un valore uguale al *factum*. E per esser più chiari: ogni *factum*, diventando oggetto di una obbligazione di stretto dritto, rimuove insiememente da sè le considerazioni, che si potrebbero avere alle convenienze subbiettive, all'interesse, le quali considerazioni si dovrebbero avere se la obbligazione non fosse di stretto dritto. Dappoichè nel contrarre una obbligazione di dritto stretto bisognava indicare quale *certum*, cioè quale *poena* dovesse prestarsi nel caso d'inadempienza. A questo modo veniva tolto di mezzo ciò che rendeva impossibile la obbligazione di stretto dritto *in faciendo*. Perciocchè, quantunque rimanesse come obbietto della *obligatio* il *factum*, ciò che si chiedeva con l'azione in fondo non era altro che la *poena*. La *obligatio* adunque rimane *obligatio certa* e, come ogni altra simile, consiste *in dando*.

I Romani tennero sempre l'occhio a questo carattere essenziale delle *stricti juris actiones*, il quale consisteva in questo, che esse, ne' loro ultimi risultati, dovessero contenere sempre una *petitio certi*. Però avvenne che nell'antico dritto romano non poteva mai un fatto diventare obbietto di obbligazione di stretto dritto, se non quando si aggiugnesse, pel caso d'inadempienza, una determinata *poena*. Ciò non pure si scorge dal passo già riportato di Cicerone: *judicium est pecuniae certae*, ov'egli parla precisamente delle azioni di stretto dritto; ma ancora si può dimostrare con sufficiente chiarezza mercè parecchi passi della compilazione. In

tutte le stipulazioni pretorie, *in judicio sisti*, *rem ratam dominum habere*, come nell' intero titolo che ne parla, si vede essere stata pratica, non che consueta, costante l' *adjectio poenae*. Anzi co' frammenti delle Pandette alla mano si può mostrare agevolmente che i giureconsulti romani ànno considerato come indispensabile nelle *obligationes stricti juris in faciendo* la giunta di un *quantum* penale.

Venuleius lib. 1. Stipulationum.

L. 137. §. 7. de V. O. (45. 1.)

Si ut aliquid fiat stipulemur: et *usitatius*, *et elegantius* esse, *Labeo* ait, sic subjici poenam; si ita factum non erit: at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo; si adversus ea factum erit, et cum alia fieri, alia non fieri, conjuncte stipulemur, sic comprehendendum: si non feceris, si quid adversus ea feceris.

Paulus lib. 3. ad Edictum.

L. 68. D. eodem.

Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, *certa est et utilis* stipulatio.

Ulpianus lib. 13. ad Edictum.

L. 71. eodem.

Cum quid, *ut fiat*, stipulemur, poenam sic recte concipiemus, si ita factum non erit; cum quid ne fiat, sic; si adversus id factum sit.

Parimenti si cava da' frammenti delle Pandette che le stipulazioni, ritenute da Ulpiano come *stipulationes incertae*, fossero state da' giureconsulti più antichi reputate *inutiles stipulationes*. Noi di sopra ne recammo degli esempi, i quali sono, se si stipuli *fundus sine ap-*

pellatione, ovvero *triticum* senza indicarne la qualità. Sicchè si può ritenere, con certa sicurezza, che nell'antico drillo romano non si poteva concepire mai l'*incertum* come oggetto di una *obligatio stricti juris*.

Marcellus lib. 5. Digestorum.

L. 94. de V. O. (45. 1.)

Triticum dare opportere stipulatus est aliquis. Facti quaestio est non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est *certi generis*, *certae quantitatis*, id habebitur pro expresso; *alioquin*, si cum destinare *genus* et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur.

Papinianus lib. 2. quaestionum.

L. 115. pr. de V. O. (45. 1.)

Ita stipulatus sum te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta Aureos dare spondes? si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, *imperfecta* erit stipulatio, non secus ac si, quod pondere, numero, mensura continetur sine adjectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari, non demonstrato loco, *vel fundum dari*, *non adjecto nomine*.

Ciò che Papiniano dichiara quì come stipulazione nulla è ritenuta come *stipulatio incerta* da Ulpiano l. 75. §. 1. e da Javoleno l. 106. de V. O. (41. 1.) *Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum, sine ulla nota demonstrationis, stipuletur*, *INCERTUM STIPULATUR.*

Fra gli altri Giureconsulti Labeone massimamente pare sia stato saldamente nella opinione che l'*incertum* non potesse essere fatto obbietto di *obligatio stricti ju-*

ris. Egli non solamente dice, come nel passo riportato di sopra, che sia *elegantiis* ed *usitatius* di aggiugnere la *poena* nella forma indicata; ma, secondo quello ne scrive Venulejo, trattandosi di *stipulatio de ratihabitione*, à propriamente richiesto si avesse ad aggiugnere una *aestimatio certa.* Ciò si vede nella l. 8. §. 2. *in fine ratam rem* (46. 8.), ove è scritto: *Sed Labeo* CERTAM SUMMAM COMPREHENDENDAM *existimabat, quia libertatis ad infinitum extenderetur.*

Dopo la analisi che fin quì siam venuti facendo, non ci può esser più un dubbio al mondo che il *factum* senza la giunta di un *quantum* penale non poteva essere, per dritto antico, obbietto di una *obligatio stricti juris.* Ma col volger del tempo e stipulazioni, e legati, e altre maniere di obbligazioni ebbero spesso a loro obbietto dei *facta.* Ciò diventando sempre più frequente ben potè intervenire che la *poena* di giunta andasse dimenticata. Ora omessa la clausola penale, la stipulazione p. e., sarebbe stata *inutilis* secondo gli antichi concetti giuridici. E veramente fin d' allora dovette rimaner tocca l' equità di ciascuno, veggendo che, solamente per la dimenticanza della clausola penale, se ne dichiarasse nullo un atto formale, che per ogni altro rispetto era validissimo. Noi notammo di sopra come il sistema del dritto stretto e quello della equità, andando di costa, abbian sempre l' un sull' altro esercitato azione ed influenza, ciascuno moderando e ritemprando l' indole propria in ciò che l'altro aveva a sua volta di proprio ed esclusivo. Ebbene eccoci giunti nella nostra trattazione al punto, ove l' azione ed influenza esercitata dal principio dell' equità su quello del diritto severo può mostrarsi lucentemente. La *stipulatio in-*

certa non fu più dichiarata nulla. Ecco a qual partito si ebbe ricorso. Il *factum* stipulato era giudicato non più secondo una misura abbiettiva, ma secondo una misura subbiettiva. Ciò, cui punto non si avrebbe dovuto attendere in fatto di obbligazioni di stretto dritto, l'interesse, venne tolto in considerazione. In breve: non poteva competere la *condictio certi*? ed ei si concesse la *condictio incerti* (1). La *condictio incerti* però è come l'anomalia di tutto il sistema del dritto formale delle obbligazioni; essa à scosso que' limiti, ove il diritto formale confina col *jus gentium*, anzi gli à del tutto trapassati. Non per tanto nel calcolo degl'interessi la *condictio incerti* si distingue ancor grandemente dai *bonae fidei negotia*: noi ci faremo a dinotare di presso questa lor differenza. Ma prima di passare a questo cade ora in concio di toccare del rapporto in che sono la *condictio triticiaria* e la *condictio incerti*, siccome ancora dei fondamenti di questa.

Due sono le opinioni che massimamente dominano intorno al rapporto della *condictio triticiaria* con la *condictio incerti*. Que' giuristi, i quali ritengono la *condictio triticiaria* come un' azione propria introdotta per

(1) Non vogliamo omettere di qui notare che fino al tempo di Giustiniano si avrebbe ancora voluto evitare l' *incertum* nelle stipulazioni. Giustiniano medesimo raccomanda caldamente di aggiugnere la *poena*. §. 7, J. *Non solum res in stipulatum deduci possunt sed* ETIAM FACTA, *ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri, et in hujusmodi stipulationibus* OPTIMUM ERIT *poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probari, quid ejus intersit.* Parimenti l. 11. D. (46. 5.) V. anche la mia dissertazione, che svolge questo teorema: L' EDITTO EDILIZIO NON SI PUÒ ESTENDERE, Archivio di Gensler, vol. 2, quaderno 1, p. 114.

ottenere una *aestimatio*, formano la lezione dell'una opinione. Costoro, confondendo e considerando come sinonimi *aestimatio* ed interesse, e ritenendo la *condictio triticiaria* come a ciò deputata, non sanno che si fare di quest' altra *condictio* speciale, addimandata *incerti*: questa lor resta come cosa inutile fra mani; a mala pena essi giunsero a trovare un posticino per la *triticiaria!* ond' è che per essi *triticiaria* ed *incerti* sono la medesima *condictio*, chiamata in due modi diversi (1). Campioni dell' altra opinioni si possono considerare quegli altri giuristi, i quali non sanno trovar pace su questo argomento. Costoro ben si avveggono che la *condictio triticiaria* comprende anche *res certae*. Inoltre per loro le diverse espressioni *triticiaria* ed *incerti* accennano a cose di ordini diversi. Cotesti giuristi però fanno della *condictio* una triplice partizione per rispetto all' obbietto: *condictio certi*, *condictio incerti* e *condictio triticiaria* (2). Ma queste opinioni sono entrambe false. Il rimprovero, che far si potrebbe a questi giuristi, si è che quì, come sempre, non ànno posto mente ai varii *argumenta divisionis*. Noi sponemmo di sopra che la *condictio triticiaria* comprende tutte quelle cose, che non sono una *pecunia numerata*. Però la *triticiaria* va contrapposta non già alla *condictio certi*, sendo anzi in certo modo identica con questa, sibbene alla *condictio si certum*, *i. e. si pecunia certa petetur* (3). Ora, rilassata che fu la severità de' concetti giuridici, sia che si presentavano dei *facta*, sia delle *res incer-*

(1) Glueck Comm. vol. 13. p. 267.

(2) Unterholzner — Giornale di Giurisprudenza storica vol. 1. p. 252.

(3) L. 1. pr. de cond. tritic. (13. 3.)

tae siccome obbietti di *obligationes stricti juris*; certamente la *condictio*, con cui si dovevano dimandare, era la *triticiaria*, come quella, la quale comprendeva tutti quegli obbietti, che non erano danaro. Però furon noverate anche *res incertae* come obbietti della *condictio triticiaria* (1).

Tempo dopo le *res incertae* diventarono obbietti di *actiones stricti juris*; ma con ciò non si poteva rimutare la binoma partizione di *condictio si certum petetur* e *condictio triticiaria*. Le *res incertae* non altro sono che gli obbietti della *condictio triticiaria* multiplicati; in altri termini, rispetto alla *condictio si certum petetur*, la *condictio incerti* è sempre una *triticiaria*. Ma gli è tutt' altra cosa se la partizione si faccia in generale secondo la diversa natura della *aestimatio*. Ben fu mestieri di fermare la partizione in *condictio si certum petetur* e *condictio triticiaria*, perciocchè le cose, che sono misura a sè stesse, vogliono esser distinte da quelle, che comportano una *aestimatio*. Ma poichè la *aestimatio* in genere è il *certum* equivalente esatto di un altro *certum*, le cose che vogliono la *aestimatio* non escono con ciò della lor natura di certe. Esse rimangono *res certae*, siccome è la *pecunia numerata*; e la *condictio triticiaria*, onde quelle vengono chieste in giudizio, rimane *condictio certi*. Quando nel dritto posteriore le *res incertae* si fanno a pretendere un posto fra le cose, per cui competeva la *condictio triticiaria*, nae-

(1) L. 1. pr. in f. eodem. *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus etsi vectigalis sit, sive jus* STIPULATUS SIT, VEL SERVITUTEM UTRORUMQUE PRAEDIORUM.

Così si avrebbe potuto domandare con la *triticiaria* anche una *possessio*. L. 2. de cond. tritic.

que una maniera di valutazione affatto diversa. Le cose incerte non sono capaci di obbiettive mercuriali: per valutarle bisogna por mente alla subbiettività de' contraenti. Però le *res incertae* non pure alla *pecunia numerata* si contrapponevano, si ancora a tutti gli obbietti, che la *condictio triticiaria* comprende. Il perchè quella eteroclita *condictio triticiaria*, che innanzi s'indizzava all' interesse, venne di poi più acconciamente addimandata *condictio incerti*.

Ei ci à dunque una triplice partizione delle condizioni. Esse sono distinte secondo la lor base; distinte per l' obbietto, cui s' indirizzano (secondo ch' ei sono o pur no una *pecunia numerata*), ed ancora distinte secondo che s' indirizzano ad un *certum* o ad un *incertum*. Però la partizione in *condictio certi* ed *incerti* è tutt' altra di quella in *condictio si certum petetur* e *triticiaria*. Resta parimenti dichiarato dal fin quì detto, perchè le cose, che molti frammenti delle Pandette permettono di dimandare con la *condictio incerti* (1), sieno obbietti della *condictio triticiaria*, e perchè questa comprende ancora *res certae*, le quali, secondo certi chiarissimi passi, possono bene esser domandate anche con la *condictio certi* (2). Nè certo recherá più meraviglia che in tutto il *Corpus Juris* incontri di leggere due volte sole la espressione *condictio triticiaria*; dappoichè, preso ch' ebbe posto la *condictio incerti*, la partizione in *condictio si certum petetur* e *condictio*

(1) L. 55. D. (8. 2.), l. 5. D. (7. 5.), l. 12. D. (12. 1.).

(2) Pr. J. de V. O. (3. 16.) *ex qua duae proficiscuntur actiones, tam* condictio certi *si certa sit stipulatio, etc.*

triticiaria rimaneva di molto minore importanza pratica.

E ciò quanto al rapporto della *condictio incerti* alla *triticiaria*. Ora ci rimane a parlare, come si può più brevemente, delle basi della *condictio incerti*. Di sopra sponemmo diffusamente come ci abbia una sola *condictio* in genere e come ella si venga diversificando quanto alle basi, su cui poggia: nè questo che ivi dicemmo, fu punto mutato per diritto posteriore. Il diritto novello cangiò di molto la *condictio* primitiva, facendo che la si potesse dirizzare anche all'*incertum*: ma questo mutamento è solo negli effetti dell'azione, nè punto riverbera sulle basi ch'ella aver debbe. Queste non furono nè cresciute nè diminuite. Il perchè si può giustamente stabilire per massima che tutto quello dà base alla *condictio certi* dà base ancora alla *condictio incerti*. Siccome si può domandare un *incertum* alla base di stipulazioni e di testamenti, sì parimenti si può anche, fondandosi sul fatto che il convenuto ritenga qualche cosa senza ragione; e sia pure questa mancanza di ragione un *indebitum*, una *causa non secuta* o altro. Onde l'*actio incerti ex stipulatu*, l'*actio incerti ex testamento* e la *condictio incerti* nascente dal fatto che altri ritenga qualche cosa senza ragione, sono tutte quante una azione medesima, come del pari un'azione medesima, è la *condictio certi*, che da queste fondamente tutte prende nascimento. Nè punto rileva che in proposito di stipulazione e di testamenti si legge *actio*, ed in proposito che altri ritenga senza ragione si trova usata la voce *condictio*. Noi notammo questo stesso parlando della *condictio certi*; e però ora non abbiamo che a rimandarci a ciò che ivi dicemmo in-

torno a questa varietà di nome (1). Per quello che ora ci occupa potremmo argomentare che tutte sieno un'azione medesima da questo fatto, che alcune volte quest'azione si addimanda semplicemente *actio incerti* ed alcune altre volte, *actio incerti* aggiugnendovi la base. Così della stipulazione.

Papinianus lib. 27. Quaestionum.

L. 4. de usur. (22. 1.)

Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus, postea captos, *actione incerti ex stipulatu*, propter inferiora verba, consecuturum te, ratio suadet.

Ulpianus lib. 47. ad Sabinum.

L. 3. si quis in jus. (2. 5.).

Cum quis in judicio sisti promiserit, *neque adjecerit poenam* (2), si status non esset *incerti cum eo agendum* esse in id quod interest verissimum est (3).

Del pari della *obligatio ex testamento.*

(1) I seguenti passi, de'quali l'uno tien dietro immediatamente all'altro, possono mostrare come spesso i Romani scambiassero i vocaboli *condicere* e *agere*. L. 2. §. 3. de don. (39. 5.). *Aliud juris erit si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas. Exceptione enim doli mali tueri me potero, et praeterea* incerti condictione *stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.* Ed immediatamente dopo §. 4. *Item, si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere promisero, petentem doli mali exceptione summovebo, et amplius* incerti agendo *cum stipulatore, consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.*

(2) Adunque primamente si aspetta che si aggiunga la *poena.*

(3) Parimenti l. 27. §. ult. D. de rec, qui arbitr.

Pomponius lib. 6. ad Sabinum.

L. 8. §. 6. de liber. leg. (*34. 3.*)

Ideo, si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator *ex testamento incerti*, doli mali exceptione excludi potest.

Ulpianus lib. 5. Disputationum.

L. 75. §. 4. de leg. I. (*30.*).

Proinde si Stichum legaverit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, *incerti actio* legatario adversus heredem competit (1).

In fatto d'*incertum* interviene lo stesso che in fatto di *certum*. Quando un *certum* è obbietto della obbligazione le azioni, che ànno per base un testamento o una stipulazione, sono addimandate le più volte *actiones ex testamento* ed *ex stipulatu*; e le azioni, che nascono dal ritenere qualche cosa senza ragione si chiamano spezialmente *condictiones*. Quando l'obbietto della obbligazione è un *incertum* incontra precisamente lo stesso: l'*actio incerti*, che scaturisce *ex re*, sia qualunque la sua *causa*, si chiama sempre *condictio incerti*. Non per tanto non vogliamo omettere di notare che alla *condictio incerti* non si aggiunge quasi mai, siccome si usa spesse volte nella *condictio certi*, la menzion della *causa*.

Così della *cond. incer. caus. dat. caus. n. s.* è detto:

Ulpianus lib. 59. ad Edictum.

L. 4. h. t. (*12. 4.*)

Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici, *condici* posse ei, qui accepto sit liberatus.

Della *condictio incerti indebiti* :

(1) Parimenti l. 9. D. de usufructu earum rerum. l. 59. §. 1. de jure dotium.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

L. 22. §. 1. h. t. (12. 6.)

Cum iter excipere deberem , fundum liberum *per errorem* tradidi : *incerti* condicam , ut iter mihi concedatur.

Della *condictio incerti sine causa* :

Julianus lib. 8. Digestorum.

L. 3 h. t. (12. 7.)

Qui sine causa obligantur , *incerti condictione* consequi possunt , ut liberentur.

Por ciò che riguarda la *condictio incerti furtiva:*

Ulpianus lib. 58. ad Edictum.

§. 12. §. 2. h. t. (13. 1.)

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert , eum , cui pignori res data sit , *incerti condictione* acturum , si ea subrepta est (1).

Dopo esposte così le basi della *condictio incerti*, per compiere la trattazione di tutta la teorica delle *obligationes stricti juris* ci rimane ad indicare la essenza dell'interesse in queste azioni, la quale è opposta a quella dell' interesse in fatto di *bonae fidei actiones*. Di sopra abbiamo mostrato com' ei sia un' anomalia che in fatto di *stricti juris actiones* si faccia parola d' interesse, e come la *condictio incerti* segna il punto , in cui il *jus trictum* piega all' inderminato sistema della equità. Ma

(1) Confronta ancora l. 2. §. 5. de donation : (39. 5.), l. 12. l. 31. de cond. ind. (12. 1.), l. 46. in f. de jure dot. (23. 3.), l. 8. de act. emti (19. 1.), l. 12. de Nov. (46. 2.), l. 3. Cod. de postulando (2. 6). S' intende poi agevolmente che non ci può essere punto *condictio incerti ex mutuo* , perocchè la essenza del mutuo consiste nella trasmissione di determinate cose , *quae pondere* , *numero* , *mensura constant*.

questo piegare al sistema dell'equità non vogliamo dire che sia identità compiuta della *condictio incerti* con le *actiones bonae fidei.* Non perchè alla base di un fatto stipulato si concede un' azione, nè perchè questa azione si può indirizzare all' interesse, essendo il *factum* sempre fondato nella subbiettivà de' contraenti; non però, dicevamo, deve inferirsi che la valutazione degl'interessi debba essere la medesima di quella, che si fa ne' *bonae fidei negotia.* Che anzi, rimanendo saldi tutti gli altri caratteri delle *stricti juris actiones* fin nella eteroclita *condictio incerti*, essi dovranno essere presupposti anche in questa; e però debbono necessariamente esercitare una influenza anche nella valutazione dell' *incertum.* Nei *bonae fidei negotia* l' interesse, l'*incertum* non è più il surrogato della *obligatio*, ma è appunto l' indipendente e proprio obbietto loro: l' interesse, l' *incertum*, è ne' *bonae fidei negotia* ciò che ne' *stricti juris* è il *certum.* Aggiugni che ivi il negozio è sempre bilaterale. Ivi non accade che una parte domanda, e l' altra parte deve dare la cosa domandata: ivi le due parti damandano entrambe; e quantunque il convenuto non sempre possa essere attore a sua volta in un *contrarium judicium*, pure in ogni caso può chiedere a sua volta qualche cosa col mezzo di *exceptiones.* L'obbietto di coteste azioni però sta appunto in quello, in cui convergono le dimande delle due parti. Esso però è sempre un *incertum*, una incognita *x*, una cosa terza, che non è nè l' uno nè l' altro dato. L' *officium judicis* deve trovare la cifra, e convertire l' *incertum* in *certum.* Onde l' interesse nelle *bonae fidei actiones* non istà in ciò che l' attore dal canto suo si fa a pretendere, ma è il risultato del bilancio fatto di quello che

l' attore ed il convenuto domandano (1). Nelle *actiones stricti juris*, nella severa lor nozione per contrario, essendo un *certum* l' obbietto, si tratta innanzi tutto di prendere in disamina solamente il fatto dell'attore, l'azione. Ciò che quì si contiene va negato o aggiudicato in tutto e per tutto; però *l' officium judicis* deve attendere solamente a conoscere della legalità formale (2). E quantunque talune volte in vece del *certum* si aggiudica la *aestimatio*, pure questa siffattamente si offre di per sè stessa, che mai niun campo non rimane all' arbitrio del giudice. Anche dopo introdotte col dritto novello quelle disposizioni, che notammo come anomale rispetto al dritto stretto, mercè le quali de' *facta* potevano essere obbietto di *stricti juris obligationes*; la natura di queste non però ne andò del tutto cangiata. Solo perchè i fatti non sono capaci di mercuriale e si riferiscono sempre più o meno alla subbiettività dell' avente dritto, questa subbiettività sarà presa in considerazione. Tal valutazione subbiettiva è il surrogato della valutazione obbiettiva, la quale non torna possibile. Non per tanto, sendo ad ogni modo incerto il risultato della valutazione, l' obbligazione si chiama *obligatio incerta*, e l' azione *condictio incerti*. Ciò premesso, se ora po-

(1) Così Ulpiano nella l. 2. pr. de eo, quod certo loco (13. 4.): *Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei. Quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est, aut si actoris, majoris pecuniae fiat.* Nè rileva punto alla nozione dell' interesse che qui si parli di *actio arbitraria*.

(2) Dal seguente passo si scorgerà lucentissimamente la differenza: L. 24. in m. (16. 3.) *Et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut* tantundem *possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

niamo a raffronto la essenza dell' interesse, che à luogo nelle *bonae fidei*, e quella dell' interesse nelle *stricti juris actiones*, la spiccata lor differenza si mostrerà di per sè chiarissima. Nelle *bonae fidei* l'interesse è il risultamento depurato delle domande composte insieme di ambe le parti; nelle *stricti juris* non è altro che la espressione, il rappresentante delle unilaterali domande dell' attore: in quelle l' interesse è l' obbietto proprio istesso del giudizio; in queste è un semplice surrogato della stima obbiettiva, che non torna possibile. Da coteste differenze di essenza dell' interesse nelle due maniere di obbligazioni deve risultare, come conseguenza necessaria, la diversità del modo di calcolarlo e la diversità della pruova, le quali due conseguenze sono fra loro intimamente congiunte. Se l' interesse è il risultato delle pretensioni bilaterali; se ancora la *bona fides* delle due parti debb' esser la misura dell' interesse, sarà necessità ch' ei ci sia un terzo non dependente dalle parti, il quale giunga a scovrire l' obbietto della contesa ed aggiudichi a ciascuna parte ciò che le spetta. Ora questo terzo è rappresentato o dall' *officium judicis* o, che in molti casi ne fa le veci, dal *jusjurandum in litem*. Questo altro non è che un discaricarsi dell'arbitrio del giudice: siccome il giudice potrebbe ei stesso diffinire l' interesse, potrà del pari rimettere il diffinirlo alla determinazione propria di una delle parti. Quindi risulta chiara la natura tutta del *jusjurandum in litem*. Chè se esso è un modo onde *l' arbitrio* del giudice à voluto discaricarsi, dovrà necessariamante restar sempre a questo subordinato. Però anche in seguito del giuramento il giudice può aggiudicare

un *quantum* minore (1), e può anche prescrivere un quantum insino al quale si debba estendere il giuramento (2). Ma gli è tutt' altra cosa l' interesse nè *stricti juris judicia*. Essendo un *factum* l' obbietto loro, essi rimangono unilaterali come se si trattasse di un *certum*. Sol per eccezione si prendono in considerazione le subbiettive pretensioni dell'avente dritto. Ma poichè le *actiones stricti juris* rimangon sempre unilaterali, ancor quando abbiano un *incertum* ad obbietto, consegue necessariamente che in *stricti juris judiciis* non possa entrar mai *l' officium judicis*, e però neanche il *jusjurandum in litem*, sendo questo per sua natura un modo onde *l' officium judiciis* si discarica.

Paulus lib. 26. ad Edictum.

L. 6. h. t. (12. 3.)

Alias, si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari (3).

Ma se nelle *stricti juris actiones*, le quali s' indirizzano ad un *certum*, l' interesse non si potrà appurare nè mercè l' *officium judicis*, nè mercè il *jusjurandum in litem*, necessariamente dovrà esser dimostrato dall' attore co' mezzi consueti di pruova. Ed ecco uno de'

(1) L. 5. §. 2. de in lit. jurando (12. 3.).

(2) L. 5. §. 1. eodem. L. 15. §. 9. Quod si aut clam. *Sed quod interfuit*, aut per jusjurandum, quod in litem actor juraverit, *aut si jurare non possit*, judicis officio *aestimandum est*.

(3) Nè contrasta a ciò che abbiam detto l' essere alcune volte adoperato anche nè *stricti juris negotia* il *jusjurandum in litem*, per giungere ad una *aestimatio* quando non si aveva più in pronto il *certum*. L. 5. §. 4. h. t. *Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est*.

punti in cui t'interesse presso i negozi di stretto dritto mostra una indole spiccatamente distinta da quella che mostra ne'negozi di buona fede.

Venuleius lib. 8. Actionum.

L. 11. de stipul. praetoriis (46. 5.)

In ejusmodi stipulationibus, quae quanti res est, promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere; quoniam plerumque *difficilis probatio* est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.

E fin quì della pruova dell'interesse. Ma oltre a ciò il calcolo dell'interesse deve essere affatto diverso ne'due diversi sistemi. E lasciando stare che il diverso modo di dimostrazione ne'due sistemi già di per sè debbe operare sulla essenza istessa dell'interesse, che si domanda, pure si à inoltre una differenza più specifica, la quale scaturisce da una sorgente propria. Voglio dire che se ne' *bonae fidei negotia* l'interesse è l'obbietto proprio della *obligatio*, consegue necessariamente che in simiglianti giudizi bisogna tener conto dell'intero interesse, cioè della intera subbiettività delle parti. In altri termini: poichè quì ciò che ci à di subbiettivo nel negozio è quello, che viene immediatamente alla cognizione del magistrato, sarebbe cosa priva affatto di senno il non prendere in considerazione ciò che ci à di più propriamente subbiettivo, cioè l'affezione. Nelle *stricti juris obligationes* la cosa sta altrimenti. In esse l'interesse è un semplice surrogato di una valutazione obbiettiva, la quale non torna possibile: obbietto della *obligatio* è e rimane sempre il *factum* da prestare, e la subbiettività dell'avente dritto vien tolta in considerazione per-

ciò solo che è necessaria alla *aestimatio* del fatto. Nello *strictum jus* il subbiettivo è sempre riferito all'obbiettivo, e però non si può presentare in tutta l'ampiezza ed intensità sua; chè se in tutto e per tutto si tenesse presente, evidentemente l'obbiettivo, cui riferir si debbe, sarebbe del tutto perduto di vista. In questi negozi l'obbiettivo ed il subbiettivo si compiono l'un l'altro e si aiutano a vicenda, laddove nel sistema della equità l'uno è sparito e l'altro domina solo. Però nello *strictum jus* non si può attendere all'*incertum* fino agli estremi confini della sua nozione, prendendo cioè a valutare tutti quanti i rispetti individuali, le affezioni: ciò escluderebbe assolutamente ogni rispetto obbiettivo in genere. Ed ecco che la massima di non dovere ne' *bonae fidei negotia* attendere alle affezioni resta giustificata interamente della natura intima istessa e dal raffronto de' due sistemi.

Papinianus lib. 27. Quaestionum.

L. 54. mand. (17. 1.)

Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus, ut venditor, et *affectus ratione* mandati agetur. Finge *filium naturalem vel fratrem* esse; placuit enim prudentioribus, *affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.*

E ciò della differenza tra l'*incertum* ne' *bonae fidei* e quello ne' *stricti juris judicia*, la qual differenza è derivata dalla essenza istessa de' due sistemi. Con ciò che quì abbiam discorso si può reputar compiuta insieme la disamina dell'ultimo punto della esposizione, che siamo

venuti facendo del sistema del diritto formale. Ma prima di lasciar questa materia ed entrare a parlare dell'altra più breve de' *bonae fidei judicia*, riassumeremo in poche parole la somma delle cose, che in questo paragrafo abbiamo trattato, per così ribadir meglio l'insieme del nostro concetto.

Dopo di aver toccato della falsa opinione portata da coloro, che ritengono la *condictio triticiaria* come una azione propria, mostrammo che questa, per contrario, non era null'altro che un membro della partizione delle *condictiones* secondo l'obbietto loro. Quì venne in concio la teorica della *aestimatio in stricti juris judiciis*. Vedemmo che la *aestimatio* non è se non solamente l'equivalente dalle cosa domandata; onde conchiudemmo dovesse la *aestimatio* esser quella del tempo in cui fu contestata la lite, e, nel caso di mora, quella del *tempus morae*. Notammo che, quando il luogo del pagamento era indicato, non si poteva in niun altro luogo chiedere con la *condictio* l'interesse, ma che fuori il luogo indicato era concessa una *utilis actio arbitraria*. Finalmente ponemmo, come pietra finale di tutto il sistema dello *strictum jus*, la *condictio incerti*. Quì, dicemmo, il dritto stretto trapassa i suoi limiti e piega al sistema della equità: ma quantunque nella *condictio incerti* si prendesse in considerazione l'interesse, pure doversi diligentemente osservare la indole essenzialmente diversa ch' ei mostra e nel sistema del diritto stretto ed in quello della equità, tanto per rispetto alla pruova, quanto circa il grado di subbiettività valutabile.

§. 5.

I *bonae fidei negotia* nella loro essenza sono stati nel corso di questo scritto e fin dalla pag. 22 e seg. già tante volte dichiarati siccome il contrapposto delle *stricti juris actiones*, che ormai ridicendolo ben potremmo parere di trascorrere a ripetizioni soperchie. Ma se discorrendo noi de' *stricti juris judicia* dovemmo andar con molta fatica raccogliendo nelle fonti gli elementi, che compor dovevano quella trattazione, ora entrando a parlare delle *bonae fidei actiones* possiamo annunziare che tanta fatica ci è dispensata. Non pure un passo di Cicerone riportato di sopra e molti frammenti delle Pandette e Costituzioni del Codice ci fanno familiari con questa maniera di azioni, ma un importante luogo delle Istituzioni ce le à tutte insieme conservate.

§. 28. J. de actionibus (4. 6.)

> Bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de estimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio.

Ma se quest' ultima azione, sendo una *vindicatio*, non appartiene punto alla sfera di quelle, che ora tagliamo a considerare, vi si vorrà bene aggiugnere, oltre a quelle noverate, l'*actio dotis* o *rei uxoriae* cavata dal dritto antico. Dappoichè Giustiniano, mentre da un canto stranamente tramutava quest' azione in *actio ex stipulatu*, apponeva dall' altro alla *stipulatio de dote* tutti i caratteri dell' *actio rei uxoriae*, riconducendola così al po-

sto di *actio bonae fidei*. Ei volle che questa stipulazione nascesse di per sè, come l'*actio rei uxoriae*, dalla sola *obligatio dotis*, senza vi fosse bisogno effettivamente della forma della stipulazione (1); il che ci offre la più chiara dimostrazione che al tempo di Giustiniano la nozione severa de' due sistemi spiccatamente distinti fra loro, non che seguita, non era neanche stata compresa (2).

Di sopra (p. 22. e seg.) dicemmo che in fondo eran considerate come validi solamente le obbligazioni procedenti dallo stretto dritto civile, e che la legge, la quale le parti per autonomo lor diritto imponevano a sè stesse, i *pacta*, non avevan di per sè niuna forza obbligatoria, ma che le leggi civili, proteggendo molti negozi della vita comune, ne facessero scaturire delle azioni. Questi negozi per la materiale diversità che presentavano, sendo che ciascun caso dall' altro era diverso, non si potevano veramente punto comprender tutti insieme, segnando recisamente i limiti entro cui si avessero a stare. Ma affinchè da ciò non seguitasse che ogni patto avesse a valere, fu stabilito che allora solamente fosse valido un patto quando non fosse tale che facesse uscire dai suoi stessi limiti naturali quel negozio confermato dal dritto civile, nel quale negozio esso patto veniva apposto. Così è permesso che il depositario, contro la nozione di questo contratto, ritenga i frutti del deposito (3); si può stabilire che il depositario fosse te-

(1) §. 29. J. de action. (4. 6.)

(2) Basta scorrere solamente la l. un. C. *de rei uxoriae actione* (5. 13.) per tosto notarlo.

(3) L. 24. dep. *Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit*, LEX CONTRACTUS SERVABITUR.

nuto alla *culpa*; che il comodatario al solo *dolus*; ma un deposito, un comodato, che portasse essenzialmente una mercede, distruggerebbe in un punto l' intera nozione di tali negozi. Laonde, se in molti luoghi si legge la *conventio* salutata come il veicolo principale del *negotium bonae fidei*, ciò va sempre inteso in questo senso, che la convenzione non deve uscire de' confini naturali del negozio. Così:

Auctor ad Herennium (2. 13.)

Sunt item pacta, quae sine lege observantur *ex conventu*.

Ulpianus lib. 30. ad Edictum.

L. 1. §. 6. dep. (16. 3.)

Si convenit ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio; *contractus enim legem ex conventione accipiunt.*

Paulus lib. 5. Quaestionum.

L. 5. §. 4. de praescr. verbis (19. 5.)

Et potest mandatum etiam ex pacto naturam suam excedere (1).

(1) Non tornerà inutile di notare che i Romani usavano la espressione *contractus* per dinotare essenzialmente i *bonae fidei negotia*. La *stipulatio*, la *expensilatio*, il *mutuum* non erano contratti pe' Romani, comechè quà e colà lor si dia tuttavolta questo nome. La ragione di ciò si è che il contratto presuppone sempre la bilateralità, non solo per ciò che due persone debbono concorrervi, ma si perchè esse debbono avere parte uguale al negozio: il che non interviene ne' *stricti juris negotia*. Però si deve por mente ai seguenti passi: l. 19. de V. S. *Actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur*, UT IN STIPULATIONE VEL NUMERATIONE. *Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Greci* συναλλαγμα *vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem*. Così parimenti *l. 31. dep. Bona fides, quae in contractibus exigitur*. E *l. 4. C. de oblig.*

Ora dunque abbiamo che non punto per quella certa solennità, che si pone ne' contratti, i *pacta* diventano fecondi di azione, sibbene perchè que' negozi della vita cittadina conchiusi con essi van protetti dalla legge. Ciò essendo consegue che altri negozi non istretti con contratti possono godere parimente di tale protezione. Il perchè chiaro si scorge come manchi interamente di scopo quella partizione, che intende di fermare la principal differenza, distinguendo quali negozi confermati dal dritto civile sieno contratti e quali non sieno. Ora se, per ciò che riguarda l' azione, non à niuna importanza il fatto che il negozio sia o non sia nato mercè patto; e se, per contrario, ciò che rileva di sapere si è solamente se il dritto civile abbia accordato un' azione per quel dato negozio, e se questa azione si estenda parimenti ad altri negozi che non ànno la origin loro nel patto; naturalmente bisognerà farsi a cercare la partizion principale anzi nella diversità degli effetti che nella origine de' negozi, la quale al nostro scopo è quasi affatto indifferente. Adunque, siccome esponendo il sistema dello stretto dritto noi non ci fermammo a vedere se la *condictio* avesse per base un contratto, nè se avesse per ragione un delitto; siccome però non prendemmo punto a distinguere ivi la *condictio ex mutuo* dalla *condictio indebiti*, o quella *ex stipulatu* da quella *ex testamento*; parimenti dovremo ora in proposito dei *bonae fidei negotia* scartare dal nostro sistema una simigliante partizion principale. Veramente non si vuol dissimulare che nei *bonae fidei judicia* la base del negozio non è tanto indifferente quanto

et act. (4. 10.). BONAM FIDEM IN CONTRACTIBUS CONSIDERARI AEQUUM EST.

nelle *stricti juris actiones*, scorgendosi da ciò che di sopra abbiam detto che il patto può quà e colà estendere o raccorciare i limiti de' negozi. Ma ciò può consigliare al massimo una suddivisione, non già mai la partizion principale (1); perciocchè queste differenze secondarie non sono nè spiccate nè figlie della essenza de' negozi. L'*actio mandati*, l'*actio negotiorum gestorum*, l'*actio tutelae* ànno tutte un solo scopo, e tutte s'indirizzano ad una cosa medesima, l'*id quod interest*. Però non si può comprendere perchè le si abbiano a digiungere, formandone diverse classi secondo la lor varia origine. E, scartando noi questa insignificante ragion di distinguere, avremo cansato in un tempo ancora il concetto contraddittorio di quasi contratti e quasi delitti, il quale non dà notizia nè di un contratto nè di un delitto. I quasi contratti ed i quasi delitti furono de' concetti nati nel tempo di Giustiniano, e quasi per dare certa rotondità al sistema. Ed è notevole che lo stesso Gajo, il quale almeno avrebbe dovuto nascondere la povertà del suo ordinamento, parla ingenuamente di *variae causarum figurae* (2).

Ma se nella nostra trattazione scarteremo in tutto la partizione in quasi contratti e quasi delitti, non dovremo neanche far più parola alcuna della differenza, che consigliò la partizione fondata sulla origine de' contratti. Che un contratto sia nato *re* o *consensu* ci torna tanto indifferente quanto ci torna indifferente il ricercare se un dato negozio confermato dalla legge sia o non

(1) Di ciò si parlerà più a lungo appresso.

(2) Non di meno incontra di legger anche in Gajo le espressioni *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio*.

sia contratto. Aggiugni che tutta la partizione in *contractus*, *qui re aut consensu contrahuntur* è stata tutta quanta sbagliata. Non solo, come notammo a p. 8 e 9, la rendono erronea gli svarioni cui deve menare l'avere fatto un fascio degli altri tre contratti e del mutuo, ma si à ancora questo di più, che *commodatum*, *depositum* e *pignus* non sono veraci contratti reali. E primamente se ci facciamo a considerare il comodato ed il deposito vedremo agevolmente che il criterio principale de' due contratti si cava puramente e semplicemente dall'intenzione, ch' ebbe la parte nel trasmettere la cosa, sia di prestarla gratuitamente sia di darla a conservare. Nè si può giustificare la opinione, che qui combattiamo, adducendo che in questi contratti la *obligatio* nasce col trasmettere la cosa : ciò è vero, ma è alcunchè di mero fatto, alcunchè di meramente accidentale, donde non si può far dipendere una partizion principale. Se la compra vendita o la locazione conduzione non potessero per loro natura cominciar prima che il locatore stesse in possesso della cosa locata o il compratore della cosa comprata, si potrebbe dire con pari ragione che la *emtio*, la *locatio* sieno contratti reali. Rendiamo ancor più chiaro ciò che vogliam dire. Poniamo che la cosa data a comodato o in deposito sia stata già da più tempo restituita al padrone, non sarà però certamente cessata la *obligatio depositi* o *commodati*; che anzi può incontrare che questa obbligazione non prima di ora venisse a realtà, e quindi che non prima di ora producesse azione (1). Ci à di più: poichè quest' azione s'in-

(1) *L. 3. §. 1. comm. si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita non videbitur reddita (quae deterior facta redditur), nisi quod*

dirizza ad ottenere l'interesse, può bene intervenire che questo interesse, ottenuto mercè l'azione, ammonti ad un valore maggiore del valore della cosa depositata o comodata. Si può adunque conchiudere che, stretta una volta la obbligazione, la cosa non à più niuna importanza per la essenza della *obligatio*. Ora, se raffrontiamo con questi contratti il mutuo, si scorgerà agevolmente la lor differenza. Il mutuo è un vero contratto reale, perciocchè la trasmissione della cosa ne forma la nozione fondamentale. Questo contratto à nella cosa non solamente la origin sua, ma sì ancora la essenza sua tutta, perciocch' ei non oltrepassa mai la cosa mutua; e quando la si è giustamente restituita, non ci può esser più luogo ad altro interesse. Ma questa differenza vuole essere investigata ancor più di presso. Chi trasmettesse una cosa senza l'intenzione di prestarla, non à punto *actio commodati*; onde è chiaro che la nozione di questo contratto è formata dalla intenzione con cui si trasmette, non dalla pura trasmissione. Per contrario chi trasmette una cosa fungibile, anche senza l'intenzione di darla a mutuo, à sempre la medesima azione per ripeterla, la *condictio*: siccome à parimenti la *condictio* per ripetere la cosa mutua. E la ragione di ciò si è che in questo contratto la cosa istessa stabilisce il rapporto giuridico tutto quanto, il quale lega le parti (1).

interest praestetur. Così si può intentare anche l' *actio depositi*, quando il depositario legga senza permesso le *tabulas testamenti* depositate presso di lui. Qui certamente non sarà la trasmissione della cosa ciò che stringe l'obbligo di non leggere. L. 1. §. 48. h. t.

(1) L. 32. *de reb. credit.* (*12. 1.*). *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim,*

Ma se il comodato ed il deposito, quantunque non per loro essenza, almeno per le accidentali lor circostanze sono nella origine loro contratti reali, ciò non è poi affatto del *contractus pignoris*. La *pignoris obligatio* non nasce con l' atto del dare da mano a mano un pugno di garentie: il debitore può ben ritenere presso di sè la cosa; e non per tanto con la *nuda conventio* la obligazione è stretta, e *l' actio pignoratitia* à luogo. La opinione che comunemente si porta è questa, che il *contractus pignoris* sia quello che nasce *ex re*, ma che il *pactum hypothecae* sia una innovazione pretoria. Tale opinione si fonda su questo passo.

Paulus lib. 3. ad Edictum.

L. 17. §. 2. de pactis (2. 14.)

De pignore *jure honorario* nascitur ex pacto actio.

Ma chi ponga mente che il Pretore concesse anzi l'*actio Serviana* o *hipothecaria* al creditore ipotecario (1), potrà bene inchinare a riferire questo passo solamente all' azione reale. Senzacchè, concedendo pure che il concetto di un pegno senza tradizione fosse una giunta pretoria, al tempo degli antichi giureconsulti classici *pi-*

tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligari? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: NON QUIA PECUNIAM TIBI CREDIDI; (HOC ENIM NISI INTER CONSENTIENTES FIERI NON POTES) sed quia pecunia mea, QUAE AD TE PERVENIT EAM, MIHI A TE REDDI bonum et equum est. Ebbi veramente a consolarmi meco medesimo, veggendo uno de' nostri più ingegnosi scrittori moderni a portare questa medesima opinione. MUEHLENBRUCH, *Theorica della Cessione p. 75. Nota 11.* dice: « Niun altro contratto reale nasce tanto propriamente « mercè la *res* quanto il mutuo ».

(1) §. 7. *Inst. de act.* (4. 6.).

gnus ed *hypotheca* sono talmente comprese in una sola e medesima nozione, che non si può a meno di convenire che la *obligatio pignoris* non è altro che un puro contratto consensuale. Si vegga non altro che il primo passo del titolo *de pignerat. actione.*

Ulpianus lib. 40. ad Sabinum.

L. 1. h. t. (13. 7.)

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam *nuda conventione*, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est; ut aurum obligetur, non aes; *quia in hoc non consenserint.*

Così

Pomponius lib. 35. ad Sabinum.

L. 8. §. 5, h. t.

Cum pignus *ex pactione* venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt (1).

Ora ponendo mente a questi frammenti; ponendo mente inoltre che *pignus* ed *hypotheca* sono sinonimi quanto agli effetti; ponendo mente che però i romani giureconsulti dicono essere essi dissimili solo quanto al suono

(1) Parimenti GAJO *in l, 4. de pignorib. Contrahitur hypotheca per pactum conventum . . . nec ad rem pertinet quibus fit verbis*, SICUTI EST IN IIIS OBLIGATIONIBUS, QUAE CONSENSU CONTRAHUNTUR; *et ideo et sine scriptura, si convenit, ut hypotheca fit, et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt.* Non deve recar meraviglia la espressione *pactum conventum*; anche la l. 71. *pro socio* parla di un *pactum conventum societatis.*

de' vocaboli (1), e che per tal ragione si adopera spesso la voce *pignus* per *hypotheca* e vice versa; possiamo conchiudere che il *contractus pignoris* sia, quale il veggiamo nel dritto delle Pandette, un mero contratto consensuale. E quì non sarà soverchio di ripetere ancora ciò che già dicemmo in un altro punto dello scritto di sopra, che tutti i giureconsulti romani, fuori Gajo, non pongono mai il comodato, il deposito ed il pegno come contratti reali, chiamando essi, per contrario, *obligationes ex re* quelle solamente, onde nasce una *condictio*.

Paulus lib. 3. ad Edictum.

L. 17. de pactis (*2. 14.*)

Si tibi decem dem, et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem; *re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

Siffattamente abbiamo mostrato che le partizioni fin ora fatte de' *bonae fidei negotia* o non eran cavate dalla essenza di questi, o erano erronee. Il perchè sarà giusto che si domandi a noi quale altra partizione, che meglio proceda dalla essenza di tali negozi, avessimo da porre in cambio di quella confutata. Ora questi negozi, de' quali far dobbiamo partizione, sono tutti quanti diversi l'un dall'altro e per la nozione di ciascuno, e per gli usi e le consuetudini che in ciascun di essi van seguiti. Quindi è che non tornerebbe possibile, considerandoli un per uno, di rassegnarli in partizione alcuna; ammeno che non si volesse ricadere al punto

(1) *L. 6, §. 1. de pignor.* (20. 1.) §. 7. J. de act. (4. 6.)

onde si partiva, cioè di prenderli tutti ad uno ad uno a noverare. D' altra banda, presi insieme e considerati rispetto agli effetti, troviamo ch' essi sono uniformi, e l' effetto ch' essi producono è per tutti il medesimo, sendo la *bona fides* il lor carattere fondamentale. Onde, a mirarli da quest' altro aspetto, neanche tornerebbe possibile di partirli in ispeciali rubriche. Ma oltre a ciò noi abbiam mostrato come nota essenziale di simiglianti negozi la bilateralità e la subbiettività astratta dall' obbietto. Forse questa bilateralità e questa subbiettivitá, essendo maggiore in alcuni e minore in alcuni altri, potrebbe ben essere il fondamento della partizione novella.

Ei ci possono essere due maniere di bilateralità nei rapporti di obbligazioni: l' una quando un solo de' contraenti può venire come attore, e l'altro, come reo convenuto, può far valere per via di eccezione ciò che dal suo canto si fa a pretendere: l' altra maniera, quando amendue le parti, parimenti partecipi della obbligazione, possono amendue farla da attore e da reo convenuto. In questo secondo caso la *obligatio* bicipite partorisce un' *actio* da ciascuna parte. Senza alcun dubbio in questa seconda maniera la bilateralità è la maggiore che esser ci possa; perciocchè quì le due parti manifestano un interesse ugualmente efficace e fecondo nel rapporto di obbligazione. Ora ci à di certi negozi di tal natura che non si può dire quale de' due contraenti abbiaci maggiore interesse; che anzi amendue ci prendono una parte parimente importante; e ad entrambi però vuolsi aver pari rispetto. Questo caso è appunto nella *emtio venditio*, nella *locatio conductio*, nella *societas*, ne' quali negozi non si può distinguere fra' contra-

enti chi rappresenti la parte principale. Laonde è ben ragione che si guardino con favore ugualissimo amendue le parti; e che però si accordi ad entrambe un' *actio*. Così il negozio diventa perfettamente bilaterale, sicchè non sarebbe affatto privo di fondamento il dire ch' ei son due negozi in uno; chè anche gli stessi Romani pongono spesso digiunti *emtio* e *venditio*, e considerano l' *actio emti* e l' *actio venditi* come due azioni affatto distinte.

Ma ci è di certi altri negozi, ne' quali si ravvisa a prima giunta che l' interesse è maggiore per una delle parti, e che il carattere della *obligatio*, risultante da tai negozi, offre a questa parte più interessata un campo più vasto per farsi a pretendere. Così nel comodato e nel deposito il comodante ed il deponente meritano di essere considerati più attesamente che non il comodatario ed il depositario. Per tali negozi dovette dapprima sembrar bastevole concedere un' azione alla parte più importante, ed alla meno importante una semplice eccezione. Ma con l' andar del tempo, essendo spesso dovuto intervenire che si omettesse di produrre la eccezione, dovette farsi sentire la necessità di concedere al reo convenuto, in caso di omesse difese, un' azione nascentegli dal negozio bilaterale. Così in ultimo si venne formando in questi negozi certa specie di azioni, le quali, meno importanti di quelle che competono alla parte maggiormente interessata, furon chiamate *actiones contrariae*.

Tale è la genesi delle romane *actiones contrariae*. Esse tutte appartengono al dritto novello, e la maggior parte di esse alla giurisdizione pretoria: tutte sono nate dalle eccezioni, perchè queste lasciavano permanere un bisogno, cui erano impotenti sopperire. Meno pochi casi, coteste azioni sono assai poco importanti, e però

se ne vuol discorrere brevemente e di passata. Ma ciò che quì abbiam detto va dimostrato più pel minuto. Al tempo de' giureconsulti classici quelle azioni, nascenti da obbligazioni di meno piena bilateralità, ànno tutte un' *actio contraria*. Al tempo di Cicerone non era così. In quel passo de' suoi Offici (lib. 3. cap. 17), che abbiamo riportato di sopra, egli, dopo di aver noverato parecchi *bonae fidei negotia*, aggiugne queste parole: *praesertim cum in* PLERISQUE *essent judicia contraria*. Il che dimostra che al tempo di Cicerone non ancora in tutte le *bonae fidei obligationes* si era reputato necessario d' introdurre l' azione contraria. Ma ce ne abbiamo anche altre pruove. L'*actio tutelae contraria* in ispezie fu introdotta dal Pretore (1). Senzacchè, si possono agevolmente raccorre pruove acconce a dimostrare che tutte le cosiffatte azioni nacquero da eccezioni. E, per esempio, ci è molti passi ove si riferma per massima che il *contrarium judicium* à luogo solamente quando la *exceptio compensationis* sia stata omessa. Si dice similmente che quando il giudice à rigettato la *exceptio compensationis* questo rigetto formi cosa giudicata anche per l' *actio contraria*, il che vuol dire che in tal caso la non si possa più intentare (2). E questo è ve-

(1) *L. 1. de contraria tutelae* (*27. 4.*) *Contrariam tutelae actionem Praetor proposuit, induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent.*

(2) *L. 8. §. 2. de negot. gest.* (*3. 5.*) *Si quocumque modo* RATIO COMPENSATIONIS HABITA NON EST *a judice* : POTEST CONTRARIO JUDICIO AGI. *Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes : verius est,* QUASI RE JUDICATA, AMPLIUS AGI CONTRARIO JUDICIO NON POSSE, *quia exceptio rei judicatae opponenda est.* La *l. 13. §. 4. commodati* (13. 6.) è ancor più importante per la storia de' *contraria ju-*

ramente una fortissima pruova che le azioni contrarie nascevano in tutto e per tutto dalle eccezioni; che anzi in fondo esse non sono altro che eccezioni, le quali col tempo vennero pigliando la forma indipendente di azione.

Da ciò che abbiam detto consegue necessariamente che le *actiones contrariae*, sendo in genere null'altro che omesse eccezioni, non possono aver luogo se non in que' casi, in cui erano possibili delle eccezioni. Ma le eccezioni non eran possibili se non quando si concedeva un *directum judicium*. Adunque è giusta la massima del dritto antico. che in generale quando non s'intentava l'*actio directa*, non si potesse intentare la *contraria*. Ma anche contro questa massima si venne levando a poco a poco un bisogno, che si fece sempre più sentire. La parte meno interessata nel negozio, ad onta che l'interesse suo non fosse il più rilevante de' due, pure volle esser fatta sicura di poter presentare le sue pretensioni, ancor quando l'altra parte non avesse avuto motivo di *agire* in giudizio per violazioni patite. Così a poco a poco l'azione contraria, stata in origine una semplice eccezione, venne mascherando cotesta sua origine: non se le potè negare più oltre l'operare senza dipendere dal fatto estraneo: essa fu ammessa anche senza *directum judicium*. Tale ci si mostra nelle Pandette. Ma che la origine e genesi di queste azioni sia che dap-

dicia. Quod autem CONTRARIO JUDICIO *consequi quis potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod in vicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est,* DICEMUS NECESSARIAM ESSE CONTRARIAM ACTIONEM. Si confr. ancora la *l. 7. §. 1. de compens.* (11. 2.).

prima le non si potessero intentare se non si fosse già innanzi intentato il *directum judicium* appar chiaramente da molti passi.

Paulus lib. 29. ad Edictum.

L. 17. §. 1. Commod. (13. 6.)

> *Contraria commodati actio* etiam *sine principali* moveri potest, sicut et caeterae, quae dicuntur *contrariae.*

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 1. §. 8. de contr. tutel. et util. actione. (27. 4.)

> Hanc actionem dandam placet, *etsi tutelae judicio non agatur.*

Quì i giureconsulti romani dicono espressamente che ci può esser luogo ad azioni contrarie anche quando non sia stato intentato il *directum judicium*. E questa diligenza che que' giureconsulti posero a dichiararlo esplicitamente dimostra assai bene la verità di ciò che di sopra su questo proposito abbiam detto. Perciocchè, se non fosse un fatto storico che nei tempi precedenti l'azione contraria non avesse potuto non dipendere dalla diretta; se essi avesser tenuto che l'origine delle azioni contrarie fosse stata diversa da quella abbiam di sopra indicato; non avrebbero forse commesso in questi passi la più nauseante trivialità, prendendo, come fanno, a dire ciò che di per sè stesso e senza parola alcuna si sarebbe pienamente compreso? Ma, per contrario, guardati nel nostro verso questi due brevi frammenti, quanta importanza non acquistano essi? Essi ci offrono come la conchiusione della storia delle azioni contrarie, perciocchè essi pongono spiccatamente in luce il contrap-

posto fra questa maniera di negozi di buona fede e quelli che ànno due azioni indipendenti.

Quantunque il dritto novello, facendo sì che le azioni contrarie stessero anche senza il *judicium directum*, à dato ne' negozi di meno perfetta bilateralità una specie di pari independenza ai contraenti; pure queste azioni ànno in sè stesse poca importanza, e restano sempre connesse per modo con le eccezioni nel giudizio diretto che veramente non si saprebbe stabilir differenza di sorta tra que' negozi, i quali siffattamente àn raggiunto cotesta dualità, e quelli in cui l' una parte rimane all' altra predominante. E però quando i Romani daranno esempli di negozi *ultro citroque*, parlano sempre di quelli solamente, i quali sono bilaterali pienamente. Così Ulpiano, riportando ciò che disse Labeone, scrive nel passo già molte volte stato da noi citato *l. 19. de V. S* (50. 16.) *Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci* συνάλλαγμα *vocant; veluti* EMPTIONEM, VENDITIONEM, LOCATIONEM, CONDUCTIONEM, SOCIETATEM. I quali esempli sono di negozi pienamente bilaterali. E certamente non a caso si è quì il Giureconsulto restato dal noverar pur uno di que' negozi, i quali in luogo di due azioni perfettamente indipendenti ànno un *directum judicium* da un canto ed un *contrarium* dall' altro.

Ora una partizione de' *bonae fidei negotia* fondata su questa differenza tornerebbe anche materialmente importantissima per le norme che ne scaturirebbero intorno alle diverse prestazioni della colpa, di che non occorre far altra analisi in questo scritto. Per istabilire la classificazione delle diverse azioni bisogna innanzi tutto giovarsi del §. 28. J. de act. (4. 6.) Alla classe delle

obbligazioni meno pienamente bilaterali apperterranno: l' *obligatio negotiorum gestorum*, *mandati*, *depositi*, *tutelae*, *commodati*, *pignoris*: alla classe delle obbligazioni pienamente bilaterali per contrario, *emtio*, *venditio*, *locatio*, *conductio*, *societas*, le *actiones praescriptis verbis* quando sono *bonae fidei*, e finalmente le due azioni divisorie *familiae erciscundae* e *communi dividundo* (1).

Ma questa partizione di per sè sola non è bastevole: i diversi negozi ora noverati vogliono esser distinti l'un dall' altro per ciò che ciascuno di essi à di proprio e caratteristico. Ed in effetti è vero che le due azioni divisorie testè noverate van collocate, meglio che altrove, fra le obbligazioni dell' ultima classe, sendo che in esse non si può distinguere chi debba essere attore e chi reo convenuto (2); ma per un altro rispetto queste azioni stanno in contrapposto con tutti gli altri *bonae fidei negotia*. Dichiariamo questo rispetto sul quale le due azioni divisorie di cui parliamo si contrappongono alle altre *bonae fidei*. Oltre alla bilateralità noi mostrammo come nota caratteristica de' *bonae fidei negotia* la lor natura puramente subbiettiva; cioè che in questi non si prendon punto in considerazione degli obbietti, facendo astrazione dalle individualità delle parti. Ed anche quelle obbligazioni, che cominciano ad esistere con la cosa, come il deposito ed il comodato, non forman punto ec-

(1) L' *actio finium regundorum* non è noverata con le altre due nelle Istituzioni. Essa produce effetti simili alle altre due, ma è per sua indole *actio arbitraria*, e però se ne farà parola appresso.

(2) *L. 10. finium regund. L. 3. comm. dividundo.* Anzi si chiamano però *judicia duplicia*.

cezione al principio della subbiettività, che governa i negozi di buona fede. Ma le due azioni divisorie, di cui parliamo, se non del tutto ben fanno in parte eccezione a questo criterio subbiettivo: quì la cosa è il cardine intorno a cui gira tutta quanta l'azione. E la spiccata differenza, onde *l' actio pro socio* si distingue dal *judicium communi dividundo*, consiste in questo, che l'una fa compiuta astrazione dalle cose, e l'altra dee sempre necessariamente indirizzarsi a chiedere la cosa, intorno a cui si contende (1). Ora se solamente la cosa, fatta astrazione da qualsivoglia subbiettività, formasse l'obbietto di queste azioni, esse non entrerebbero mica fra' *bonae fidei judicia*, che anzi vorrebbero andar noverate fra le vindicazioni. Ma questo non è il caso. Siccome negli altri negozi di buona fede, parimenti in queste azioni divisorie ciò che forma lor nota caratteristica è la subbiettività delle parti, l' interesse. Non ci à dubbio che in queste è la cosa il necessario rappresentante dell' interesse; ma non di meno le *personales praestationes* non restano escluse da cotesti giudizi. Anzi, siccome in ogni altro negozio di buona fede, esse van prese in ispezial considerazione: senza che, come per ogni altra obbligazione di buona fede, vi si dovesse fare attenzione ai *pacta adjecta*.

(1) L. 1. *Communi dividundo judicium* IDEO *necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium* RERUM *divisionem. Denique cessat communi dividundo judicium, si res communis non sit.*

Ulpianus lib. 19. ad Edictum.

L. 4. §. 3. Comm. dividundo (10. 3.)

Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam *praestationes* veniunt, et ideo, si quis impensas fecerit, consequatur.

Paulus lib. 5. ad Plautium.

L. 14. §. 1. eodem.

Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si *communi dividundo* judicio mecum agetur, aequitate ipsius judicii retinere possim, considerandum est? Quod quidem magis puto; *quia bonae fidei judicium est communi dividundo.*

Ulpianus lib. 19. ad Edictum.

L. 22. §. 4. fam. ercisc. (10. 2.)

Familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus, atque *praestationibus*, *quae sunt personales actiones.*

Ulpianus lib. 30. ad Sabinum.

L. 3. §. 1. comm. dividundo (10. 3.)

Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et *familiae erciscundae*, *et communi dividundo judex servare debet.*

Laonde quantunque le azioni divisorie, potendo comprendere anche *personales praestationes*, appartengano per indole ai *bonae fidei negotia*, tuttavia non si vuole omettere di notare come esse si distinguano dalle altre tutte per ciò che in esse maggioreggia sempre la considerazione in che si prendono le cose. Rivolte ad un obbiettivo esse debbono necessariamente avere meno di subbiettività che tutti gli altri negozi. Per le quali con-

siderazioni tutte si può giustificare una seconda partizione, la quale distingua, come meno subbiettivi, i giudizi divisorii da tutti gli altri, che anche sono di buona fede.

Adunque noi abbiam trovato così due partizioni delle obbligazioni di buona fede: l'una si fonda sulla più o meno piena bilateralità, e divide le obbligazioni, che danno origine a giudizi diretti e contrari, da quelle che danno origine a due azioni pari: l'altra si fonda sulla più o meno piena subbiettività, e pone i giudizi divisori in contrapposto con gli altri rimanenti di buona fede. Ora dichiarata così la doppia partizione delle obbligazioni di buona fede, ci rimane ad aggiugnere qualche considerazione intorno ai loro effetti; voglio dire, intorno all' interesse.

Già dicemmo di passata come la teorica dell' interesse è stata involta di fitte tenebre, perchè non si fu diligenti a non confonderla con quella della *rei aestimatio*; che anzi spesso si è fatto un fascio delle due. Lo scopo di questo scritto non ci consente di parlare a dilungo dell' interesse; non di meno quì cade assai bene in concio qualche considerazione fondamentale, con cui ci starem paghi su questo argomento. Dicemmo di sopra (p. 22 e 23) che siccome ne' giudizi di stretto dritto unica norma della obbligazione è la legge, la formola ed il fatto del ritenere presso di sè qualche cosa senza ragione, così ne' negozi della vita civile la norma è la buona fede. Ora di queste due norme tanto l'una è stabile e determinata, tanto l'altra è incerta e indeterminata: l'una è tutto di per sè medesima; l'altra prende fissità per *l' officium judicis*: in breve questo principio è inconcusso: ciò che *in stricti juris judiciis*

prende consistenza mercè la indicazione espressa, *in bonae fidei obligationibus* per contrario non può giugnere a consistenza se non mercè del *judex*.

Paulus lib. 9. ad Edictum.

L. 7. de negot. gestis (*3. 5.*)

Quia *tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim rei facta interrogatio.*

Ma la norma, la buona fede, che il Giudice deve seguire nei negozi di buona fede, richiede la massima equità tanto in genere, quanto in ispezie: in genere, non si dovendo punto tolerare ciò che contrasta al principio della legalità (1): in ispezie, dovendosi prendere segnatamente in considerazione ciò che ci à di proprio e particolare in ciascun negozio (2). Laonde il Giudice deve siffattamente prendere in ispezial considerazione il dolo, la colpa, la mora; deve prendere in considerazione quale sia la nozione di ciascun negozio, quale gli usi e le consuetudini serbate in esso e tener l'occhio ai capi cui le parti sogliono porre maggior diligenza. E ciò considerato, il Giudice avrà più o meno da condannare secondo che piu o meno si è mancato alla buona fede. Ma in tutta questa disamina ei deve por mente ad amendue le parti, non già ad una sola di esse; chè incontra spesso che il dolo, la colpa, la mora dell'una sia

(1) *L. 31. dep.* (*16. 3.*). *Bona fides, quae in contractibus* (e secondo la *l. 20. de judiciis* ogni obbligazione si chiama contratto) *exigitur, aequitatem summam desiderat. L. 4. §. 9. de act. emti. dolum malum, quem semper abesse opportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.*

(2) *L. 31. §. 19. D. de aed. ed.* (*21. 1.*) *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.*

compensata con quella dell' altra, nel qual caso niuna di loro porterà condanna. Ma più sovente incontra che il dolo, la colpa, la mora sta da una parte sola, ovvero più dall' una che dall' altra; ed allora ci à luogo a condanna. Il risultamento di questa condanna è la determinazione dell' interesse; voglio dire che, disaminati i rapporti delle parti, si deve stabilire ciò che l'una di queste deve all' altra.

Ora da tutto ciò che siamo venuti esponendo risulta come chiara illazione quanto sieno stati inutili sforzi e perduti quelli, che àn tanto travagliato le menti di quei giuristi, i quali s' eran fitto in mente, in fatto d' interesse, di voler proprio trovarne un principio regolatore. Se la nozione dell' interesse fosse stata giustamente considerata; s' eglino avesser veduto che l' interesse è un' incognita *x*, alla quale determinare convien pesare tutti i rapporti reciproci, onde le parti son legate; se a ciò si fosse posto mente, dicevamo, certamente non avremmo veduto e non vedremmo molti giuristi andarsene a pesca del principio regolatore dell' interesse. Chi volesse trovare il principio regolatore dell'interesse farebbe come colui che prendesse a noverare tutte le infinite diramazioni degli umani negozi, tutte le possibili digradazioni del dolo, della colpa e della mora; in breve si farebbe opera tanto vana quanto sarebbe a voler edificare i rapporti di fatto sopra una base giuridica. Ma siccome non è certo possibile di raggruppare in un principio tutta la infinita multiplicità de' casi e de' rapporti, che ne' traffichi umani si stabiliscono, parimenti è impossibile di raggruppare in un principio le conseguenze, che nascono da questi casi e rapporti svariatissimi. Anzi sembra che coloro, i quali si ostinano a ricercare un principio regolatore dell' in-

teresse, commettano una enorme inconseguenza; perciocchè, mentre da un canto si travagliano in cosiffatta ricerca, ammettono dall' altro canto che il giudice in *bonae fidei negotiis* debba giudicare in ciascun caso singolo secondo a lui sembrasse (1). Ma, come sventuratamente accade spesso, i Romani non ebbero mai pure un sospetto di coteste ricerche, piaciute ai moderni, intorno a' princìpi regolatori dell' interesse. I Romani dicono a chiare note che la quistione dell' interesse è quistione puramente di fatto e non di dritto; il che vuol dire che non è possibile di concepire in genere princìpi regolatori dell' interesse.

Paulus lib. 3. ad Sabinum.

L. 24. de reg. juris. (50. 17.)

Quatenus cujus intersit, *in facto non in jure consistit.*

Se lo scopo principale e le proporzioni di questo scritto consentissero di passare a rassegna tutti i frammenti, che parlano dell' interesse, senza un dubbio al mondo ciò che per ora abbiam toccando mostrato piglierebbe la massima lucentezza. Non di meno, quantunque ciò non potessimo, basta il principio da noi stabilito, il quale è appunto che non ci à principio alcuno acconcio a stabilire la somma dell' interesse. Questo principio o questa dichiarazione basta a comporre tutte le contraddizioni, che presentan fra loro i singoli frammenti, allorchè si fa di cercare l' unità, che li potesse tutti comprendere. Ciò detto la teorica dell' interesse ne' negozi di buona fede si forma, secondo i suoi principali mo-

(1) Ei si dice espressamente nella *l. 40. de jud.* (5. 1.): *Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati.*

menti, a questo modo: la valutazione dell' interesse è la valutazione della maggior subbiettività de' contraenti, fatta sempre tenendo per norma la buona fede in genere. Però le *affectiones* vogliono essere necessariamente poste a calcolo (1). Ma questo è il massimo punto cui possa giugnere il calcolo dell' interesse. Poichè, dovendosi por mente alle affezioni non di una sola parte ma di amendue, incontrerà spesso ch'elle si distruggano e compensino a vicenda. Più spesso ancora accadrà che, pesate diligentemente le affezioni dell' una e dell' altra parte, rimane ad una di esse un *residuum* che non è compensato, ed allora questo residuo è l' interesse della specie. Però quantunque la *l. 1. de act. amt.* dice in generale che con *l' actio ex emto* si ottiene *id quod interest*, pure questo *id quod interest* è diversissimo secondo che sono diversi i casi, che si presentano. Se il venditore è in dolo si otterrà di più di quello si otterrebbe se in dolo non fosse (2). Alcune volte l' interesse ne' negozi di buona fede comprenderà tutti i guadagni, che si sarebber potuti fare; alcune altre volte solamente l' obbiettivo danno. Spesso l' interesse comprenderà la sola *mandatio actionum* (3); spesso la sola restituzione di ciò che fu dato: alcune volte si vorrà porre a calcolo solamente il *quantum*, di cui l' una parte si è arricchita (4); alcune altre volte si dovrà pre-

(1) *L. 54. mand.*, *l. 13. ratam rem haberi*, dice: *in* QUANTUM MEA INTERFUIT, *id est*, *quantum mihi abest*, *quantum lucrare potui*.

(2) *L. 18. de act. emt. Julianus lib. 15. inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto.*

(3) *L. 21. §. 3. de neg. gest.* (*3. 5.*). *L. 1. §. 11. dep.* (*16. 3.*). *L. 13. de pign. act.* (*13. 7.*).

(4) *L. 6. §. 3. de neg. gest.* (*3. 5.*).

stare non altro che quello si era promesso, perchè ciò solo richiede la buona fede (1). Tutte le possibili digradazioni del *praestare* entrano nel campo dell' interesse, ed anche se non fosse esistito l' editto edilizio il giudice avrebbe sempre potuto, in proposito di *actio emti*, condannare alla *redhibitio*.

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

L. 11. §. 3. de act. emti. (19. 1.)

Redhibitionem quoque contineri empti judicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus (2).

(1) *L. 11. §. 1. D. de act. emt. (19. 1.) Et* IN PRIMIS *sciendum est in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit. — Et in primis ipsam rem praestare venditorem opportet, id est tradere.*

(2) Non ci è, ch' io mi sappia, niun passo del *Corpus Juris* più del seguente acconcio a dimostrare lucidamente ciò che qui abbiam detto intorno all' interesse. Questo luogo indica così precisamente i vari modi onde, secondo i diversi rapporti, computar si debbe, che io non saprei meglio che qui trascriverlo per intero. — *L. 57. de contr. emt. (18. 1.). Domum emi cum eam, et ego et venditor, combustam ignoraremus, Nerva, Sabinus, Cassius* NIHIL VENISSE, *quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse, ajunt. Sed si* PARS *domus maneret, Neratius ait in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut si quidem* AMPLIOR *pars domus exusta est, non compellatur emptor perficere emtionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere, aestimatione* VIRI BONI ARBITRATU *habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum ab ujus praestatione liberetur. §. 1. Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emptori quod interest restituere. §. 2. Simili quoque modo ex diverso tractari opportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat, et, hic enim opportet et vendi-*

È poichè ne' negozi di buona fede si deve tener l'occhio solamente alla equità, si dovrà fare entrare in calcolo se le parti sien ricche o povere; il che è veramente l'argomento finale in sostegno del principio che non ci à principio di sorta per regolare l'interesse.

Africanus lib. 8. Quaestionum.

L. 44. de act. empti (19. 1.).

Cum forte idem mediocrium facultatium sit, et non ultra duplum, periculum subire cum opportet.

Ora siccome la trattazione delle azioni di dritto stretto terminava richiamando l'attenzione del lettore sul trascendere che il sistema strettamente formale fà de' propri confini verso il sistema dell' equità; così parimenti dovremo quì notare la delimitazione, che spesso toglie il sistema della buona fede da quello dello stretto dritto. Molti esempi si potrebbero recare di casi, ove l'interesse *in bonae fidei negotiis* viene stabilito anticipatamente: non furon punto scarse le stipulazioni, che, a raggiugner questo scopo, si posero accanto alle *bonae fidei actiones*. Ma noi quì ci terrem paghi citando solamente l'Editto edilizio e le sue azioni, intese ad un grado alquanto determinato d'interesse, e la *duplae stipulatio*, che stabilisce fermamente quella prestazione di evizione, che altrimenti avrebbe potuto essere anche maggiore. La redibizione dell'Editto edilizio, il dovere

tionem stare, et omne pretium, ab emptore venditori, si non depensum est, solvi; vel, si solutum sit, non repeti. §. 3. Quod si uterque sciebat, et emptor et venditor domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, DOLO INTER UTRAMQUE PARTEM COMPENSANDO, *et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.*

di prestare evizione, era già contenuto nelle infinite digradazioni dell'interesse, che avevan luogo per l'*actio emti*. Ma quivi non ci era un azione determinata per la redibizione, per il *quantum* della prestazione di evizione: e volendo non soggiacere all'arbitrio del giudice per farlo determinare, si dovette necessariamente invocare in soccorso il dritto stretto. Ma, siccome agevolmente si vede, introducendo la *duplae stipulatio* si stabiliva una elettiva concorrenza de' due sistemi; sicchè e prima e poi riman libero al compratore di eleggere, ove gli piaccia meglio, l' *actio emti*, con la quale azione gli riman libero adito all' *officium judicis*, per fare da questo determinare l' incerto interesse.

Riassumiamo ora i risultamenti delle cose discorse in questo paragrafo. La partizione fin ora seguita de' *bonae fidei negotia* in contratti e quasi contratti non è capace nè di comprender la materia, nè di indicare ciò che ci à di caratteristico. L' altra de' contratti in reali e consensuali non è punto migliore della precedente; che anzi i contratti noverati come reali non son neanche tali. Gli è forza però di formare una partizione novella, approfondendo l' indole de' negozi di buona fede. Cotesta partizione novella dividerà primamente le obbligazioni, che danno un *judicium directum* ed un *judicium contrarium* da quelle, che producono due azioni indipendenti. Inoltre le azioni divisorie, come quelle che rivelano una men piena subbiettività, van distinte da tutti gli altri negozi di buona fede. Ciò posto fu mestieri toccare dell' interesse, dalla cui intima natura si cavò la dimostrazione che esso è alcunchè di puro fatto, e non possa venir determinato da principio giuridico di sorta. Capace di tutte le possibili digradazioni l' inte-

resse prende confini certi mercè l'ausilio del dritto stretto, il che si scorge nella teorica dell' Editto edilizio e della prestazione di evizione.

§. 6.

Ne' quattro paragrafi precedenti si è parlato delle *obligationes stricti juris* e delle *bonae fidei* digiuntamente: in questo, come più brevemente tornerà possibile, le si vogliono esporre nella loro concorrenza.

Che molti fatti incontrino, nel commercio degli uomini fra loro, i quali sono talmente complessi che non si possono rassegnare sotto una sola nozione, è cosa tanto chiara di per sè che non richiede altra analisi. Se io dò a taluno una cosa perch' ei la rechi a talun altro, e perchè, se mai costui non l'accetti, la conservi; avrò naturalmente contro di lui non pure l' *actio mandati* ma ancora l' *actio depositi* (1). Similmente l' *actio negotiorum gestorum* spesso concorre con l' *actio mandati* (2), e quasi sempre l' *actio pro socio* con l'*actio communi dividundo* (3). Ma noi non ci darem molto pensiero del concorso di vari negozi di buona fede: quello in che conviene anzi fermarsi si è il concorso delle obbligazioni di stretto dritto con obbligazioni, che dipendono dal sistema della equità. Chè parimenti come può incontrare il concorso di varie obbligazioni di buona fede, può incontrare ancora che tali rapporti nascan fra due persone che per lo stesso obbietto sorgano insieme una

(1) *L. 1. §. 12. depositi (16. 3.).*
(2) *L. 3. §. 11. neg. gest. (3. 5.).*
(3) *L. 17. pro socio (17. 2.).*

actio stricti juris ed una *bonae fidei*. E per esempio, a chi compera una cosa non si vieta punto di stipulare una determinata penale per il caso che non gli si consegnasse la cosa vendutagli: l'erede, cui il testamento ordinava di vendere qualche cosa, può esservi astretto tanto con l'*actio ex emto* quanto con quella *ex testamento* (1). Così parimenti se il creditore pegnoratizio, il depositario, il comodatario, il conduttore danneggino la cosa loro affidata, possono essere convenuti tanto con le *actiones ex contractu* quanto ancora con l'*actio legis Aquiliae* (2). Se il comodatario commetta un furto nella cosa comodata, compete al comodante tanto *l'actio commodati* quanto *l'actio furti* (3). Parimenti concorrono con le azioni di buona fede le *condictiones*, che nascono dal ritenere che taluno faccia alcuna cosa senza ragione. Se accada per avventura che taluno conservi presso di sè qualche cosa senza ragione, e che cotesta cosa non per tanto gli fu trasmessa per un negozio di buona fede, certamente in tal caso nasceranno azioni da amendue i sistemi: l'*actio bonae fidei* per l'interesse, e la *condictio* per la ripetizione del *certum*. Ora poni che sia tale un caso che l'interesse consista appunto nella restituzione del *certum*, ed allora, indirizzandosi allo stesso obbietto tanto la *condictio* quanto

(1) L. 5. de act. emti (19. 1.). *Si heres testamento quid vendere damnatus sit, et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emtionis propria sunt, vel* EX EMTO VEL EX TESTAMENTO *cum eo agi poterit.*

(2) *L. 13. §. 1. Comm. (13. 6.). L. 43. loc. (19. 2.). L. 18. ad leg. Aquiliam (4. 2.).*

(3) *L. 71. pr. de furtis (47. 2.).*

l'*actio bonae fidei*, consegue che, intentatasi una delle due, si rimanga fuorchiuso dall'altra.

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

L. 11. §. 6. D. de action, empti (19. 1.).

Ego illud quaero, si anulus datus sit arrhae nomine, et, secuta emptione, pretioque numerato, et tradita re; anulus non reddatur; qua actione agendum est: utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit; an vero ex empto agendum sit? Et Julianus diceret, *ex empto agi* posset, certe *etiam condici* poterit; quia *jam sine causa apud venditorem est annulus* (1). . . . .

Ma soventi volte può incontrare che l'interesse ammonterebbe a somma maggiore di quella cui ammonta il *certum*. In questo caso, ancor quando con la *condictio* si sia domandata la restituzione del *certum*, si potrà sempre intentare l'*actio bonae fidei* per quel residuo eccedente d'interesse; perciocchè, nascendo le due azioni da due sistemi affatto diversi, l'una non pregiudica l'altra. Adunque le due azioni fanno ciascuna la propria via; e solamente quando, intentatane una, si è con essa distrutto l'obbietto, cui anche l'altra si poteva indirizzare; allora si può dire che questa resti decaduta.

Ulpianus lib. 20. ad Edictum.

L. 41. pro socio (17. 2).

Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si *tantundem in poenam sit, quantum ejus interfuit.*

(1) *L. 22. 23. 24. l. 41. §. 1. l. 62. D. de contr. emtione (18. 1.). L. 2. D. de cond. sine causa (12. 7.).*

Idem lib. 43. ad Sabinum.

L. 42. eodem.

Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo, hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata.

Idem lib. 30. ad Sabinum.

L. 47. eodem.

Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, *nisi si pluris mea intersit.*

Adunque le *condictiones*, sia che nascono dalla legge, sia che dall' atto formale, sia che dall'avere senza ragione, possono per avventura concorrere con qualsivoglia azione di buona fede. Ciò è detto esplicitamente per la *condictio certi* in un passo importantissimo, il quale vogliam noi quì riportare anche perchè è stato cagione a' maggiori svarioni che si sien presi sulla materia.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 9. de reb. cred: (12. 1.)

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto, licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: caeterum si in diem sit vel sub conditionem obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere. §. 1. Competit haec actio etiam ex legati causa, et ex lege Aquilia: sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex Senatusconsulto agetur competit haec actio.

Da tutto quello abbiam detto fin ora si offre chiara la giusta intelligenza di questo luogo di Ulpiano. Egli dice nel proemio che perchè l'azione sia *condictio certi* non ci à duopo di altro se non chè la s' indirizzi espressa-

mente ad un *certum*. Qualunque sia la sua base, purchè sia tale che ne risulti un *certum* da domandare, non muta un capello alla cosa: *competit ex omni causa, ex omni obligatione*, EX QUA CERTUM PETITUR; adunque anche da contratto. Segue il Giureconsulto dicendo che il fondamento di tal dimanda non è mestieri riposi in un *contractus certus*, come il mutuo, la stipulazione, la espensilazione; che anzi può bene incontrare che la base, su cui si può *condicere* un *certum*, sia in un *contractus incertus*, cioè di buona fede (1): *Sive ex certo contractu petatur, sive ex* INCERTO (2), *licet enim nobis ex* OMNI CONTRACTU *certum condicere*. Nè ci è bisogno assoluto di contratto perchè nasca la *condictio certi*: essa può scaturire da qualunque altra *causa*, anche da' legati, anzi per fino da' delitti: *competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia*, SED ET EX CAUSA *furtiva per hanc actionem condicitur etc.* Con la dichiarazione quì data di questo passo restano ancor meglio ribadite e dimostrate molte proposizioni, che in questa dissertazione abbiamo stabilite a modo di princìpi. Una è adunque la *condictio certi*, e può nascere da o-

(1) Così nell' altro passo riportato si ammette che l' arra possa domandarsi con la *cond. c. d. c. n. s.*; nel qual caso abbiamo una *condictio* nata dal contratto di compra e peró *ex contractu incerto*.

(2) I Giuristi portano comunemente opinione che per *contractus incertus* si abbia ad intendere ciò che i moderni soglion chiamare contratti innominati (Unterholzner giorn. della Giurepr. Stor. vol. 1. p. 252.), sicchè Cujacio e de Retes credono di dire una fioritissima eleganza quando in cambio di *contractus innominati* pongono *contractus incerti*. Ed è bizzarro che, tenendosi sicurissimi su questo argomento, non è lor mai venuto in pensiero di prendere a dimostrar che *contractus incertus* fosse effettivamente ciò ch' essi chiamano contratto innominato.

gni maniera di obbligazione purchè questa sia tale che dia diritto a domandare un *certum*. Ed anche una *incerta obligatio* può aprir adito alla *condictio certi*; poichè, come pur ora vedemmo, il sistema del diritto stretto spessissimo concorre con quello della buona fede. Del rimanente non occorre intrattenersi più lungamente a confutare la opinione dei Glossatori, di Cujacio e di tutti gli altri giuristi, i quali dal passo testè disaminato inferiscono che ci sia una propria *condictio certi generalis*, distinta dalle altre condictiones: questo errore è stato già fatto notare di sopra; senzacchè, rimane ampiamente confutato ancora da tuttaquanta la esposizione, che siam venuti facendo.

Ma non solamente la *condictio certi*, sì ancora la *incerti* può bene spesso concorrere con le azioni di buona fede. Vedemmo come nella specie di un negozio di buona fede si possa trovare presso il reo un *certum sine causa*: ora si può dare parimenti il caso, che, oltre all' azione contrattuale per l' interesse, ci sia insieme presso il reo un *incertum sine causa*. In tal caso si potrà instare in giudizio per l' interesse, sia con l' azione di buona fede, sia con quella di dritto stretto; ma, istituita una volta una delle due azioni, resta fuorchiusa l' altra. Ecco un esempio di ciò che diciamo.

Marcianus lib. 3. Regularum.

L. 35. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.)

Si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet servas fore, sed in traditionem non fecisset mentionem servitutis; vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur (1).

(1) *L. 3. de action. empti (19. 1.)*

Ecco come non pure la *condictio certi* ma la *incerti* ancora fra gli altri casi concorrer poteva con l'azione di buona fede, e fosse qualunque la *causa* donde essa nasceva. Ma questo concorso è stato del tutto sconosciuto dai giuristi; e da questa ignoranza è nata la favolosa teorica del *jus poenitendi* ne' cosiddetti contratti innominati; il che formerà argomento della terza dissertazione.

§. 7.

Ora siamo giunti al punto, in cui ci corre l'obbligo di parlare dello scopo di tutta questa dissertazione, e con ciò sarà parimenti giustificata la epigrafe, che le abbiamo posto in fronte. Fin dal principio di questo scritto dovemmo porre, come base di tutto ciò ch' era per seguitare, che la essenza della obbligazione nel suo valor pratico è identica perfettamente con l'azione. Ma poichè ci à ancora di certe obbligazioni in senso lato, le quali operano come semplici eccezioni, dovemmo notare che l'intero diritto delle obbligazioni si compie con la doppia teorica delle azioni e delle eccezioni. Il disegno del presente lavoro non consentiva di svolgere la teorica delle eccezioni: il farò in un lavoro che ò in mente. Ma, anche tralasciando la compiuta teorica delle eccezioni, bastava la sola teorica delle azioni ad offrirne una esatta partizione delle obbligazioni, essendo le azioni la metà più importante di tutto il diritto delle obbligazioni, anzi essendo appunto in quelle ciò che in questo ci à di proprio e caratteristico. Laonde noi vedemmo come elle si partiscano primamente in azioni di stretto dritto

ed azioni di buona fede; e c' ingegnammo di esporre queste due maniere distinte di azioni in ciò che ànno di universale e nelle singole lor differenze fondamentali. Ciò che si vuole ora mostrare però si è questo, ch' esse sieno come il principal fondamento del dritto tutto delle obbligazioni.

Poichè tutta la essenza della obbligazione è che si abbia da un canto un avente dritto, che può costringere a prestare checchessia, e dall' altro canto un obbligato, che può esservi costretto; è naturale ch' ei si debba badare anzi a quello si domanda che alla base sul cui sostegno si domanda. Ma ciò che si domanda vien dichiarato dalla indicazione della specie di azione con cui si domanda, voglio dire dal fondamento di origine della obbligazione. Se io istituisco una *condictio ex mutuo* ovvero *ex stipulatu* sarà tutt' una cosa rispetto al risultamento della obbligazione; il perchè coteste obbligazioni vogliono esser raccolte in una medesima nozione. Per contrario secondo che io istituisca un' azione *ex mutuo* o *ex commodato* risulteranno conseguenze diverse, il perchè queste due specie di obbligazioni si voglion diligentemente sceverare e distinguere. Ma la partizione in contratti, delitti, quasi contratti e quasi delitti non pure non à importanza alcuna come partizion principale; non pure genera errori e fa nascere concetti falsi, ma à in oltre una periferia molto angusta. Se pur fosse vero che nel concetto di *variae causarum figuris*, come lo chiama Gajo, si potesse fare entrare ogni obbligazione possibile; certamente l' esser tal nozione complessa a segno da comprender tutto, sarebbe ed è la più eloquente dimostrazione della povertà sua. Ed in effetti in cotesta voluta capacissima nozione comples-

sa di tutte le *condictiones ex re*, non si accoglie altra che la sola *condictio indebiti*, e di tutte le azioni divisorie non altra che la sola *actio communi dividundo* (1). Ma oltre a queste ragioni una ce ne à potissima per farci senza più sbandeggiare cotesta soventi volte rigettata partizione di Gajo. Il più delle obbligazioni vengono intitolate dalle azioni e non dal loro fondamento di origine. Alle innumerevoli *actiones in factum*, *arbitrariae*, *ex jure civili*, agl' interdetti, stà in fondo ben un' obbligazione, parimenti come stà un obbligazione in fondo alle azioni contrattuali. Non per tanto noi non udiamo mai i giureconsulti romani a parlare di una *obligatio de dolo*, di una *obligatio ad exhibendum*, di una *obligatio quod metus causa*; sibbene tutte queste obbligazioni vengono energicamente, come tutte le altre, parimenti intitolate secondo l' effetto loro; secondo l' azione in cui si fanno efficaci. Ora se per contrario si volessero ordinare le obbligazioni secondo il lor fondamento di origine, o si sarebbe sforzati alla strana contraddizione di accettar poi d' altra banda dalle azioni il nome della più gran parte delle obbligazioni, o bisognerebbe, come à fatto Heise, confutare l' una maniera con gli argomenti dell' altra, e così viceversa; ed alla fin fine, rigettato tutto, ricercare un sostegno ed una unità qualunque nella materiale lor simiglianza sensibile.

Però, oltre alle altre ragioni, basterebbe la incertezza in cui si rimane, intitolando parte delle obbligazioni secondo il lor fondamento di origine e parte

(1) *L. 5. §. 5. D. de O. et A.* (44. 7.) — §. 1. J. (3. 15.). §. 3. §. 6. J. (3. 28.).

secondo le azioni; basterebbe questa incertezza, dicevamo, a giustificare una novella partizione complessa, la quale abbia per norma le azioni. Ora poichè tutte le azioni, fuori le vindicazioni, sono in generale o di stretto dritto o di buona fede; poichè inoltre la differenza tra *certum* ed *incertum*, la quale è la chiave del romano dritto delle obbligazioni, vien puntualmente osservata quando si partiscano in queste due specie le azioni tutte; resterà giustificato di per sè stesso il concetto, che ci ingegnammo di esporre; che il sistema del romano diritto delle obbligazioni va fondato sulla differenza fra *bonae fidei* e *stricti juris actiones*.

Secondo il nostro concetto adunque l' intero diritto delle obbligazioni si rompe primamente in due teoriche: quella delle azioni e quella delle eccezioni. La partizione principale delle azioni va fatta distinguendo il sistema delle *condictiones* da quello delle *actiones juris gentium* o *bonae fidei*. Di questa prima divisione generale si sono fatte parecchie suddivisioni. Il sistema delle *condictiones* si suddivide per triplice rispetto: fondamento di origine, obbietto, cosa o fatto dimandata. Secondo il fondamento di origine abbiamo *condictio ex lege*, *ex formula*, *ex re*: secondo l' obbietto *condictio si certum petetur*, *condictio triticiaria*: secondo la cosa o il fatto *condictio certi*, *condictio incerti*. Le azioni di buona fede si suddividono per due rispetti; bilateralità, subbiettività; e la bilateralità è più piena o meno piena; la subbiettività più piena o meno piena.

Finalmente dobbiam fare avvertiti i nostri lettori che se noi abbiam rigettato come partizion principale quella in contratti e delitti, non si vorrà d' altra banda negarle un posto, come suddivisione, anche nel nostro sistema:

chè ci à parecchi effetti pratici, i quali dipendono dall' accidentale origine delle obbligazioni, che può essere un contratto, un delitto o nessuno de' due. Fra le quali pratiche conseguenze, cavate da queste differenze accidentali, primeggia la teorica intorno alla trasmissione dell' azione agli eredi.

Ora, quantunque il sistema del dritto stretto e quello della buona fede formino come le colonne del diritto della obbligazioni, ci à nondimeno di molte altre azioni ed obbligazioni, le quali, nate parte del dritto civile ma le più dalla giurisdizione pretoria, formar debbono direi quasi il riempimento di que' vuoti, che lasciano le azioni raggruppate ne' due sistemi cardinali. Tutte coteste azioni di riempimento bene esser possono comprese nella nozione lor comune di azioni sussidiarie: e siffattamente si possono aggiugnere, come rilevante appendice, ai due sistemi principali. E ciò, con quella maggior brevità che sarà possibile, formerà la materia della seguente dissertazione. Ma s' egli è però vero che la teorica delle azioni, (che è la più gran parte del dritto delle obbligazioni) sarà compiuta con la esposizione de' tre sistemi; cioè delle azioni di stretto dritto, delle azioni di buona fede e delle sussidiarie; d' altra banda si vuol porre d' incontro al dritto delle obbligazioni puro un diritto delle obbligazioni applicato; perciocchè le obbligazioni comuni, applicate a' rapporti speciali, possono indurre una forma alquanto diversa dalla lor prima. Queste sono appunto quelle azioni, che i moderni con una espressione non punto romana, come già innanzi dicemmo di passata, àn chiamato *actiones adjectitiae qualitatis*. A questo diritto delle obbligazioni applicato appartengono le azioni *de peculio*, *quod jussu*,

de in rem verso, *tributoria*, *exercitoria*, *institoria* ed in genere tutte le azioni nossali.

Siffattamente con la massima semplicità e naturalezza, tenendo l'occhio alla efficacia della obbligazione, che è l'azione, si potrà formare un sistema compiuto del romano diritto delle obbligazioni. E quì dobbiamo fermare l'attenzione del lettore su di una ultima avvertenza. Avendo noi respinta la teorica de' fondamenti di origine, cioè contratti e delitti, come non acconcia a stabilire il sistema del romano dritto delle obbligazioni, dovrà parimenti essere respinta la teorica tutta de' patti fecondi di azioni, sieno questi quelli, che addimandansi patti pretorii, sieno gli altri detti patti legittimi. Dappoichè se è una legge che à concesso l'azione per un dato patto (come fece Giustiniano per il patto della donazione), in tal caso la *obligatio* non è mica fondata dal *pactum* sibbene dalla legge, che ne accorda un' azione: ed è quistione affatto oziosa che tale azione sia nata per un delitto o per altro fatto. Ma certamente fin quando sarà fermo il principio, che il *pactum* come tale per dritto romano non à valore, dovrà reputarsi senza più come assurda la opinione, che ammette il *pactum legitimum* come fecondo di azione non per altra ragione se non perchè esso è un pactum. Il perchè, come già di sopra accennammo, i *pacta legitima* saranno da noi collocati, senza guardare alla origin loro, fra le *condictiones ex lege*. Nella stessa guisa procederemo pe' *pacta praetoria*. Quì parimenti essi possono aprire ad azioni in quanto la sanzione pretoria il permise; e però il lor posto nel sistema sarà quello ove si terrà ragionamento delle azioni sussidiarie pretorie in generale.

DISSERTAZIONE SECONDA

—

Intorno a quelle obbligazioni, che non sono nè *stricti juris* nè *bonae fidei*.

§. 8.

Bene è vero che le obbligazioni, raggruppate ne' due sistemi di sopra discorsi, quello dello *strictum jus* e quello della *bona fides*, ànno fra tutte una importanza maggiore; ma non di meno noverar queste due sole specie non sarebbe noverar tutte quelle, onde si compone il dritto delle obbligazioni. Che anzi, oltre di quelle, occorsero ben molti rapporti giuridici fra le persone, ove, fattosi sentire il bisogno di un'azione, la si venne concedendo, e, concessa che fu, ne restò fondata la obbligazione cui essa rispondeva. Parte di cosiffatte azioni ànno lor fonte nel diritto civile; ma le più sono scaturite dalla giurisdizione pretoria. Diversissime fra loro queste azioni, di cui ci facciamo a parlare, stanno tutte contrapposte ai due sistemi disaminati insieme nella disser-

tazione precedente. Appresso si potranno raggranellar tutte, dando di tutte una nozione sola.

Non per tanto fin da ora si possono raccorre insieme chiamandole con questo titolo acconcio a significarle tutte: *obbligazioni che non sono nè* STRICTI JURIS, *nè* BONAE FIDEI. Ma poichè il sistema del dritto stretto e quello della buona fede formano come le colonne di tutto il diritto delle obbligazioni, ove le altre azioni tutte vengono per compierlo e quasi ricolmare; sarà mestieri di considerar queste per due aspetti. Voglio dire che o la necessità di tali azioni è stata generata appunto dalla esistenza dirò positiva di que' due sistemi, per guisa che se questi non fossero stati, non si sarebbe punto pensato ad un' azione novella; ovvero può stare che, astrazion fatta da questi due sistemi, le materiali esigenze richiedessero l' azione novella, la quale però si sarebbe dovuta concedere in que' casi in che i due sistemi principali non offrivano un' azione acconcia a sopperire al bisogno. E per essere più chiaro: le azioni, che non van rassegnate fra le *stricti juris* nè fra le *bonae fidei* si possono concepire in due modi: o come indirizzate ad ingrandire la sfera di quelle, o come nate e viventi di per sè senza dipendenza o rapporto alcuno con quelle de' due sistemi. Questa doppia maniera, onde si possono concepire tali azioni novelle, ci mena diffilatamente a notare innanzi tutto la differenza che è fra le *actiones utiles* e le *actiones in factum*.

I. Non è forse null' altro nel diritto romano tanto difficile a diciferare quanto la differenza tra *actiones utiles* ed *actiones in factum*. Bene spesso i romani giureconsulti adoprano amendue queste espressioni per dinotare un sentimento medesimo, tenendole così per voci sinonime;

spesso ancora fanno uso dell'una o dell'altra, secondo che vogliono esprimere sentimenti diversi. Non per tanto nessun passo si à, ove fosse dichiarato precisamente e spiccatamente ciò che si abbia ad intendere per ciascuna (1). Che amendue non sieno un'azione medesima risulta dall'essere diverse le espressioni con che si addimandano; ma che spesso amendue sieno attributi accidentali di una medesima azione vien d'altra banda dimostrato abbastanza da questo, che l'azione medesima soventi volte è chiamata sia *actio utilis* sia *actio in factum*. Ora se esiste in questo garbuglio il bandolo, la via più sicura per trovarlo sarà, come spesso, di farci a ricercare e studiare il valore e la etimologia delle voci.

Muehlenbruch (2) fa derivare il nome di *actio utilis* dai *dies utiles*. Egli dice questo: le discussioni *pro tribunali* si dovevano tenere in certi determinati giorni (*dies utiles* in senso stretto). Ora concedere che si discutesse *pro tribunali* in un altro giorno, ecco ciò che si permetteva ne' casi delle *actiones utiles*. E quì non si arresta; ei va più oltre assai. Que' casi, in cui la voce *actio utilis* significa chiarissimamente azione efficace, egli li considera come quelli, in cui si faccia una rarissima deviazione dal senso del vocabolo. Ma Muehlenbruch lascia questa sua derivazione affatto indimostrata. E mentre ei la lascia dal suo canto

(1) Ecco, (e ciascun conosce questo passo) con quanto bel garbo si cava d'impaccio Ulpiano: *In factum actio dicitur, qualis est (exempli gratia) actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra Edictum Praetoris in jus vocatus est.*

(2) Teorica della cessione p. 118.

indimostrata, io dal mio la reputo affatto indimostrabile: e se è indimostrabile vuol dire, sempre a mio credere, che la non sia punto vera. Per le *actiones utiles* non si può scorgere nè che si tenga una discussione propria, nè che si adoperi una formola speciale a questa maniera di azioni. La espressione πλαγιαστικὰς ἀγωγὰς di Teofilo, per le azioni dell' erede fedecommissario e del *bonorum possessor*, con che Muehlenbruch crede di dare l'ultima ed incontrastabile pruova (1), a me pare non dica nulla come giustificazione isolata. Dappoicchè la voce πλαγιαστικος non significa null' altro se non solamente ciò che significa la voce *utilis*, cioè il contrario di *directus*; e però riman sempre da dimostrare che questa espressione porti in sè qualche cosa, che accenni alla formola dell' azione.

Oltre a ciò non possiamo noi consentir punto col Muehlenbruch che il nome di *actio utilis* sia tanto propriamente tecnico da non far punto tornare profittevoli le ricerche intorno al concetto che esprimer suole il vocabolo *utilis* (2). Io per contrario porto opinione che, per conseguenza dello storico svolgimento di ogni idioma, non ci à espressione tecnica di sorta la cui ragion prima ed il cui primo fondamento non si dovesse cercare nella semplice significazione de' vocaboli. Il perchè, seguendo noi tal concetto, dovremo anche nel proposito che ci occupa prendere innanzi tutto a svolgere dal significato delle parole il lor senso tecnico, po-

(1) Op. cit. p. 126 — 127.
(2) Op. cit. p. 118.

nendo per tal guisa la teorica tutta in rapporto e connessione col rimanente.

Ciò che il Muehlenbruch tiene per una deviazione rade volte fatta dalla regola, voglio dire di quei casi in cui la espressione *actio utilis* significa azione efficace, non forma punto, come egli opina, la eccezione, che anzi, essendo questo il significato proprio del vocabolo, debb' esser parimenti questo significato la base del sentimento tecnico in cui si venne perciò adoperando; e sia pur raramente occorso, come dice il Muehlenbruch, di rinvenirlo posto in questo significato primitivo (1). E di vero alla domanda se taluno sia in grado o pur no di menare innanzi un' azione i giureconsulti romani danno distinta in due casi la risposta: essi distinguono se tal quistione venga proposta prima o se dopo di essersi istituita l' azione. Prima d' istituire l'azione, ponendo mente solamente al dritto d' instare in giudizio, rispondono *actio competit* o *actio non competit*; dopo istituita l' azione, ponendo mente, non più al dritto d' instare, ma all' essere o non essere capace l' azione istituita di ottenere quello cui s' indirizzava, rispondono *actio inanis est*, se inefficace, *actio utilis est*, se efficace.

(1) Oltre al fram. 37 *mand.* (17. 1.), fram. 2. *de aest.* (19. 3.) recati da lui, ora mi ricorrono alla mente gli altri fram. 24. §. 2. *de lib. caus.* (40. 12.), fram. 31. *de reg. jur.* (50. 17.) e pr. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2.).

Paulus lib. 51. ad Edictum.

L. 24. §. 2. in f. de liberali causa (*40. 12.*).

Atque enim *ex eventu* judicii liberalis, aut *utilis*, aut *inanis* actio ejus efficietur (1).

Ecco che *l' actio utilis*, contrapposta all' *actio inanis*, riceve il suo puro significato primitivo: dicendosi quì che l'azione è *utilis* gli è come se si dicesse che la non tornerà inefficace. Ora il significato tecnico, che si venne ponendo in questa espressione, non è altro che una conseguenza del significato proprio del vocabolo. Però non ci sarà possibile d'intendere il significato tecnico se non prendendo le mosse dal significato proprio del vocabolo. Ogni azione, come parimenti ogni principio o massima giuridica, à la nozion sua determinata e ferma, la quale forma come la sfera, il campo proprio, entro cui si muove: fuori di questo campo, di questa sfera la sua vita cessa; dentro questa sfera l' azione è viva ed efficace. Ed in altri termini, l' azione entro la sfera della sua nozione è *actio utilis*; uscita di questa sfera, che è a dire quando non concorrano tutte le sue condizioni necessarie, il porla in opera è cosa inutile; essa rimane *actio inanis*. Non di meno può talvolta intervenire che, ancor quando mancassero in parte le condizioni necessarie per istituire un'azione entro la sfera della nozion sua, pure si facesse sentire il bisogno d'istituirla. In tal caso abbiamo che la esistenza del principio giuridico positivo, il quale entro determinate circostanze

(1) Conf. Valerius Maximus lib. 8. cap. 2. 1. 8. §. 9. ad S. C. Vellej. (16. 1.). L. 8. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.). L. 39. *de don. i. vir. et ux.* (24. 1.). L. 6. l. 38. *de dolo* (4. 3.).

concede l' azione, è appunto ciò che fa nascere il desiderio di estendere i limiti della sua sfera; ed istituirla anche quando non concorran tutte le circostanze e condizioni necessarie. Intanto se s' istituisse l' azione anche ne' casi in cui se ne sente il bisogno, e se in tai casi le condizioni necessarie alla efficacia sua non concorressero, cotesta azione rimarrebbe sempre un' *actio inanis*. Ora pognamo che avvenga il contrario, e che si permetta d' istituire l' azione ancor quando non tutte concorrano le condizioni necessarie alla sua nozionale esistenza. Se ciò avvenga è chiarissimo, stando noi sempre al significato proprio del vocabolo, che tale azione di *actio inanis* che sarebbe stata se non fosse stato permesso d' istituirla oltre la sua nozione, diventa un' *actio utilis* per la licenza accordata di ciò fare. Ed eccoci giunti al punto, ove il senso tecnico della espressione si partisce dal senso proprio del vocabolo. Dappoichè, secondo il significato proprio del vocabolo *utilis*, quell' azione ove concorrono tutte le circostanze e condizioni necessarie, che è l' *actio directa*, si potrebbe chiamare *actio utilis*; così l' azione perfetta avrebbe lo stesso epiteto, che si dà all' *actio utilis* nel senso tecnico, la quale è un' azione imperfetta ed imitata.

Ma, com' è per ogni altro proposito, anche quì bisogna che il nome adoprato a dinotare alcuna cosa indichi ciò che in essa ci à di caratteristico. Se per dinotare l' azione propria, quella in cui niuna non manca delle circostanze e condizioni necessarie, si dicesse *actio utilis*, con tale espressione non si dinoterebbe punto alcun che di caratteristico; chè la efficacia di tale azione è più che sottintesa, quando si dice ch' essa è l' azione propria, *l' actio directa*. Per contrario l' azione

imitata, a cui mancano parte delle condizioni necessarie alla sua validità, dovendo essere per regola un'*actio inanis*, sarà porre innanzi ciò che à di caratteristico dandole un nome, il quale indichi che nondimeno essa sia valida. Però cosiffatta azione sarà assai ben dinotata chiamandola *actio utilis* Κατεξοχὴν, sendo in essa carattere proprio la efficacia, laddove il nome di *actio directa* dinota a sua volta bene il carattere proprio di questa, cioè il concorrere di tutte le condizioni necessarie alla validità sua normale. Siffattamente il significato tecnico si distingue dal significato proprio del vocabolo in generale per questo, che, espresso il significato proprio del vocabolo Κατεξοχὴν, se ne vien formando il significato tecnico. E così in confutazione della opinione del Muehlenbruch, il quale tiene non valga affatto nulla il concetto del significato del vocabolo per dichiarare il concetto tecnico, crediamo di aver dimostrato che anzi i due concetti non istanno gran tratto l'un dall'altro discosti. Ma non volendo starsi paghi alla intima verisimiglianza e naturalezza di tal nostra derivazione, ci à bene di parecchie pruove in sostegno del nostro assunto le quali si posson prendere non nella nostra medesima argomentazione, ma di fuori.

Se il nome *actio utilis* si riferisse alla mutata formola dell'azione ovvero al *dies utilis*, il suo contrapposto non si potrebbe chiamare *actio directa*; percioc-chè contrapporre due espressioni non vuol dire già collocare le parole dell'una dirimpetto a quelle dell'altra, ma sì che quelle due specie di cose contrapposte sono indicate ciascuna secondo quello che à di caratteristico. Senza che, ecco un'altra pruova più forte anco-

ra. Il bisogno di un' azione imitata si può presentare o quando concorrono ancora alcune formali condizioni necessarie all' azione diretta, o quando, sparito affatto ogni formale criterio dell' azione propria, una materiale circostanza di cose simile a quella per cui il principio giuridico positivo accorda l' azione, richiegga ce ne fosse una da istituire anche nella specie. Ora il chiamare diversamente queste due maniere possibili dell'*actio utilis* è una dimostrazione decisiva della verità del nostro ragionamento. L' *actio utilis*, nella quale concorrono ancora alcune delle formali condizioni, che tutte rendevan valida l' *actio directa*, è chiamata il più delle volte *actio utilis* aggiugnendovi il nome dell'azione dalla quale è imitata. A questo modo si viene ad indicare che essa non va priva di tutte le condizioni richieste per l' azione diretta, e che la sua nota caratteristica non è l'essere solamente un' azione *utilis* ma sì di essere un'azione *utilis* di tale o tale altra azione diretta. Così p. e. è l' *actio utilis legis Aquiliae* (1). Ma quando nell' azione utile non concorre niuna delle formali condizioni necessarie alla validità dalla diretta; quando l' azione utile nasce puramente da materiali bisogni richiesta, allora tutto ciò che essa à di caratteristico è la sua eccezionale efficacia: essa non si riferisce per niun verso all' azione diretta; e però questa maniera di azione utile vien chiamata puramente e semplicemente *actio utilis*. Un caso di questa fatta si dà per sopperire al bisogno

(1) Così anche *utilis aquae pluviae arcendae actio* l. 22. §. 1. h. t. (29. 3.). Così *utile familiae erciscundae judicium* l. 2. e 1. h. t. (15. 2.). Così *utilis pignoratitia* l. 13. *de cond. ind.* (12. 6.).

di colui, il quale aveva una *condictio* in un determinato luogo, e, mutando il luogo, la *condictio* non gli può più giovare. Questo bisogno puramente materiale sta espresso nel seguente passo.

Paulus lib. 2. Sententiarum.

L. 24. de tutelae et ration. (*27. 3.*).

Posthumo tutor datus, non nato posthumo: neque tutelae, qnia nullus pupillus est; neque pro tutore, quia nulla significatio est; neque negotiorum gestorum judicio tenetur, quia administrasse negotia ejus, qui natus non esset, non videtur; et *ideo utilis* in eum actio dabitur.

Siffattamente adunque, partendo dalla significazione propria del vocabolo, siamo giunti alla significazione tecnica della espressione *actio utilis*. Ora si rende possibile di determinare esattamente ciò che per *actio utilis* si debba intendere. Voglio dire che spesso il bisogno richiede un'azione sia quando non tutte concorrono le condizioni formali necessarie alla validità dell' azione già riconosciute, sia quando, mancando tutte le necessarie condizioni formali, la sola simiglianza che ci abbia coi casi in cui si concede l'azione riconosciuta è nelle materiali circostanze della specie occorsa. Tale azione va chiamata *actio utilis* senz' altro, κατ᾽ἐξοχήν, ricordando così la sua inefficacia formale.

Da ciò che di sopra abbiam detto non pure sorge chiaro il significato della espressione, ma resta ancora spiccatamente segnato il confine dell'*actio utilis*. Perchè questa azione sia ci è sempre bisogno che già esista un'azione riconosciuta, la quale la viene suscitan-

do ed informando ad analogia di sè, comunque ciò che è di somigliante fra loro fosse il concorso di alcune formali condizioni, o solamante le materiali circostanze della specie. Ma poichè per tal guisa le *actiones utiles* prendono questo nome a dinotare come esse debbano l'esser loro alla esistenza di un principio giuridico già riconosciuto; poichè però si addimandano *utiles actiones* quelle che tolgono a modello un'altra azione, sia *in rem* sia *in personam* (1); chiaramente si scorgerà come strana sia la opinione di coloro, i quali formano di queste una specie propria e distinta di azioni: esse ben possono essere in sè diversissime e varie, ma tutte sono una cosa sola in questo, che tutte ànno innanzi di sè un'altra azione per modello (2). Ma questo che diciamo acquisterà la massima chiarezza mercè la seguente sposizione.

Passiamo dalla nozione dell'*actio utilis* a quella dell'*actio in factum*, e cerchiamo di stabilire la differenza che passa tra l'una e l'altra. Ove il numero delle azioni concesse è breve e ristretto può avvenire ben sovente che nasca il bisogno di un rimedio giuridico. Allora guardando a quelli che sono in pronto e riconosciuti, si scorge che il caso nuovamente occorso o non coincida del tutto, o affatto niente con quello provveduto di un'azione. Ora se ciò non ostante il principio equitativo conceda anche in questo ultimo caso un'azione, certamente questa non si dirà nata da una nozione generale, che anzi porta l'indole del prodotto del

(1) Onde l'*actio publiciana* è una vera *actio utilis*.

(2) Però delle *actiones utiles* si dice, *ad exemplum*, *exemplo ad similitudinem*, *quasi se*: *directae actionis*.

momento ; essa non nasce altrimenti che dal fatto or ora occorso ; ond'è che questa azione nata dal fatto del momento dovrà trovare un nome che stia bene a tal sua natura. Il nome *actio in factum* esprime molto acconciamente questo carattere essenziale di cosiffatta azione, nata e propria di un determinato caso, nè capace di nozione generale altra che quella del caso proprio onde nacque.

Papinianus lib. 8. Quaestionum.

L. 1. de praescript. verbis (19. 5.).

> Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, *quae in factum appellantur.*

Ora se accada che a mano a mano si vadano presentando casi simili a quello in cui si concesse primamente cotesta azione, essa, ripetendosi per cotesti casi simili, acquisterà una certa generalità ; ma non di meno rimarrà sempre *actio in factum*, perciocchè questo nome si riferisce unicamente al modo ond'essa nacque. Ma avendo noi fermato che *actio in factum* sia ogni azione, la quale vien concessa quando non ce ne abbia niun altra, che, nata da nozioni giuridiche generali, soppe-risca al bisogno occorso nella specie ; abbiamo con ciò insiememente segnato ancora quale debba essere in genere il campo proprio delle *actiones in factum.* Sono tali tutte quelle azioni, che si concedono o in quei casi, in cui non ci è punto altro rimedio consentito da legge, o in quelli, i quali non entrano perfettamente nel cerchio proprio de' rimedi legali permessi: ed amendue queste possibili necessità dell'*actio in factum* rien-

trano in questo concetto, che la specie occorsa non trova un rimedio giuridico in atto esistente. Assegnato così il campo proprio a questa maniera di azione è annunziato ancora il rapporto, in cui stanno queste con le *actiones utiles*. Chè se *actio utilis* è, senza rispetto alla maniera di azione, ogni rimedio giuridico, il quale sia formato *ad analogiam* di un'altro rimedio già esistente; è evidente che l'*actio utilis* ricada nel cercio delle *actiones in factum*, il quale è quello appunto, che comprende tutti i casi, cui non sopperisce niuna azione propria. Laonde ogni *actio utilis* è insieme *actio in factum* (1), ma non ogni *actio in factum* è *actio utilis*. Perciocchè, essendoci di molte *actiones in factum*, le quali debbono la loro esistenza non punto all'esserci ma al mancarci affatto nel caso occorso un principio giuridico positivo, chiaramente cosiffatte *actiones in factum* non possono esser punto insieme *actiones utiles*.

Ciò che fin quì siam venuti sponendo intorno alla differenza tra *actiones utiles* ed *actiones in factum* riposa sulla seguente proposizione fondamentale. *Actio utilis* è, senz'altri rispetti, qualunque azione sia suscitata da una nozione giuridica già esistente; onde questo modo, col quale essa va indicata, non è di niun pregio al sistema; perciocchè con tale denominazione non si può punto dinotare la essenza dell'azione. *Actio in factum*, all'incontro, è quell'azione che la equità à concesso là dove o non ci era affatto rimedio legale di sorta, o quello che ci era non si attagliava al caso occorso; onde è che cosiffatte azioni debbano sempre andar suggette ad una

(1) Così l'*actio rerum amotarum* è insieme *actio in factum*, ed *actio utilis* della *condictio furtiva*.

pruova speciale. Che poi alcune volte l'*actio in factum* sia per avventura insieme *actio utilis* è cosa di tanto lieve importanza quanto è che le *actiones stricti juris* possono alcune volte essere insieme *actiones poenales.* Nè però è venuto in mente a chicchessia di pretendere che *actio poenalis* ed *actio stricti juris* sia tutt'una cosa, o di affaticarsi a rinvenire la differenza che passa tra loro.

Ora ci corre l'obbligo di dar le pruove di quello abbiam detto intorno alla differenza tra le *actiones in factum* e le *actiones utiles.* E quantunque in ciò fare non si potranno recare molte pruove generali, pure se ne possono cavare da casi singoli di tali che bastino a confortare ciò che abbiamo esposto. Di sopra si è riportato un passo, il quale in sustanza conteneva che le *actiones in factum* ànno luogo quando non si presentino (*CESSANTIBUS*) *judicia prodita* e *vulgares actiones.* Delle *actiones utiles* poi si dice:

Ulpianus lib. 2. Disputationum.

L. 21. de praescript. verb. (19. 5.).

Quotiens *deficit* actio vel exceptio *utilis actio* vel exceptio est.

Ora il concetto stabilito di sopra può già rimaner giustificato dalle parole *cessare* e *deficere. Deficere* presuppone la esistenza di una azione, le cui condizioni necessarie non concorrono nel caso; *cessare*, all'incontro, comprende amendue i sentimenti, quello del *deficere* e l'altro che non sia punto altra azione. Però il *deficere* va adoperato caratteristicamente per le *actiones utiles*; il *cessare* per quelle *in factum.* Ma inoltre se la espressione *actio directa* si può contrapporre solamente all'*ac-*

tio utilis, non così la espressione *actio vulgaris* alla sola *actio in factum*; perciocchè, essendo l'azione utile compresa nella nazione dell'azione in fatto, il contrapposto di questa deve esser parimente contrapposto di quella; e parimenti si può dire come in effetti si dice (1), e dell'azione utile e di quella in fatto che sieno state formate *ad exemplum* di un'azione già esistente innanzi.

L'*actio praescriptis*, che un passo del Codice chiama anche *actio utilis*, ci offre un esempio capitale di un'*actio in factum* che è per avventura insieme *actio utilis*.

Imp. Alexander A. Pomponio.

L. 6. in f. C. de trans. (2. 4.).

Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, danda est.

Ora il Muehlenbruch (2), tenendo che le *actiones utiles* formino una specie propria ed affatto distinta dalle *actiones in factum*, si trova (e necessariamente così doveva accadere) in un grave impaccio con questo passo alle mani: egli per districarsi dal garbuglio che questo passo gli presenta dice che « la forma con cui coteste azioni si denunziano in giustizia è quella propria delle *actiones praescriptis verbis* ». Ma chi non iscorge quanto sia sforzato questo modo di uscirsene? Secondo il nostro concetto, all'incontro, le *actiones praescriptis verbis*, come azioni imitate, sono insieme *a-*

(1) Così si dice nel fr. 46. *de her. inst.* (28. 5.) *sed nec filio vulgarem competituram: verum utilem*; e nella l. 53. *ad leg. Aqu.* (9. 2.) *datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio*. Così nella l. 6. D. (18. 5.) si parla di un'*actio proxima emti in factum*.

(2) Op. cit. p. 123.

ctiones utiles ed *in factum*; ed il passo riportato di sopra non à bisogno di dichiarazione alcuna. Senza che, a convincerci compiutamente che la nozione delle *actiones in factum* comprenda e le azioni imitate e quelle che si concedono senza torne altre a modello, ci è pruova irrefragabile il segnente passo.

Pomponius lib. 39. ad Quintum Mucium.

L. 11. de prae scriptis verbis. (19. 5.).

> Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque *actiones in factum* desiderantur. *Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt*, si lex justa ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest, quod facit in lege Aquilia reddendo *actiones in factum, accomodatas legi Aquiliae*: idque utilitas hujus legis exigit.

Questo frammento à un senso semplicissimo: in poche parole dice ciò che noi di sopra abbiamo esposto più diffusamente, che si concedono *actiones in factum* non solo quando non ci è niuna azione per tal caso occorso, ma ancora quando ci à un azione per un caso, che in molto ma non in tutto è simile a quello che occorre. Ma ciò non è null'altro di quello noi dicevamo; che *l'actio in factum* può spesso essere insieme *actio utilis* (1).

(1) Il Muehlenbruch, che d'altronde si mostra molto ingegnoso, tenta in proposito di questo passo un'altra dichiarazione, che veramente si potrebbe reputare ambigua come l'altra. Ma ivi stesso poi dice: « con ciò resta dichiarato che, oltre al riferirsi ad una legge, nel qual rispetto questa azione (*in factum*) va diventando *actio utilis*, prende fondamento ancora nel principio di equità riconosciuto nel diritto romano ». E con queste parole il Muehlenbruch sembra accostarsi inconsapevolmente al concetto nostro.

Su questa legge testè riportata si è venuta levando una notissima controversia, la quale secondo il nostro concetto non porterebbe il pregio di mentovare. Ma, a ribadire vie meglio ciò che già abbiam fermo, ne toccheremo brevissimamente. La quistione va comunemente enunciata a questo modo: L'*actio in factum ex lege Aquilia* è diversa dall'*actio utilis legis Aquiliae?* Partendo dal nostro principio fondamentale la risposta risulta di per sè stessa senza ricerche di sorta. Ogni *actio utilis* è sempre *actio in factum*; onde consegue che dovrà essere parimenti l'*actio utilis legis Aquiliae*. Ed è questa la ragione per cui i giureconsulti romani adoprano indifferentemente amendue le espressioni per dinotare la cosa medesima.

§. 16. J. de lege Aquilia (4. 3.).

Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti, si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persuarerit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit; utilis actio in eum datur.

Neratius lib. 1. Membranarum.

L. 53. ad leg. Aquiliam. (9. 2.).

Boves alienos in augustum locum coegisti, eoque effectum est, ut dejicerentur. Datur in te, ad exemplum legis Aquiliae, in factum actio.

Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

> Si quis hominem fame necaverit in factum actione teneri Neratius ait (1).

L'Hasse (2) porta opinione che non ci sia differenza alcuna tra *l'actio in factum* e *l'actio utilis legis Aquiliae*: il Muehlenbruch (3) ne lo biasima forte, ed à torto, facendo quella dichiarazione sforzata, di cui sopra abbiam detto, per sostenere che l'*actio utilis* spesso è chiamata *actio in factum* senza essere (4). Il Muehlenbruch è sforzato ad appigliarsi a questo partito disperato, perciocchè la sua opinione sta alle prese con la chiarezza grande de' giureconsulti romani quando indifferentemente e pe' casi identici adoprano ora la espressione *actio utilis legis Aquiliae* ed ora *actio in factum*. L' unico passo importante che recano in conforto della opinion loro i partigiani della differenza fra queste due azioni, e con essoloro il Muehlenbruch, è la fine del titolo delle Istituzioni *de lege Aquilia.*

> sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesus fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit; quum non sufficiat *neque directa neque utilis* legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in *factum actione* teneri: veluti si quis misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

Non si può negare che quì si parla di un' *actio in factum* diversa dall' *actio utilis legis Aquiliae*. Ma questo

(1) L. 4. *de serv. corr.* (11. 3.). L. 29. §. 7. *ad leg. Aqu.* (9. 2.).
(2) Della colpa per drit. rom. p. 32.
(3) Op. cit. p. 124.
(4) Cepione p. 123.

passo è la formale conferma del nostro concetto. Ogni *actio utilis*, dicemmo, è insieme *actio in factum*; e però anche l'*actio utilis legis Aquiliae*. Questa è la ragione, aggiugnemmo, per cui si adoprano amendue le espressioni per dinotare la cosa medesima. Ma noi dicemmo ancora che non ogni *actio in factum* sia anche *actio utilis*: ed ecco appunto il caso che presenta il passo testè riportato delle Istituzioni. Ci possono essere de' casi di danni, di lesioni, ove non ci à più la menoma somiglianza con quello che si prevedeva nella *lex Aquilia*: tali casi sono segnatamente quelli in cui non ci è niuna lesione corporale. Per tali casi non ci è nessuna azione in pronto: però quella che si avrà da concedere è dedotta dal principio generale della equità. Questa azione adunque sarà un' *actio in factum*, la quale, non avendo somiglianza alcuna con leggi esistenti, non potrà essere insieme *actio in factum* ed *actio utilis*. Ora chi non vede il sofisma che si commette da coloro, che dal passo testè riportato delle Istituzioni vogliono indurre che l'*actio utilis legis Aquiliae* sia diversa cosa dall' *actio in factum* (1).

Ci à di più: la stessa azione è chiamata *actio in factum* o *utilis* non solo secondo che si parli delle loro diverse proprietà; ma spesso si rinvengono le due denominazioni insieme; chè alcune volte si dice: quando non

(1) Un simigliante scambio delle espressioni *actio in factum* ed *actio utilis* è visibilissimo nell' *actio ad exhibendum*. Così la l. 9. §. 4. *in f. h. t.* dice: INTERDUM AEQUITAS EXHIBITIONIS *efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit*, IN FACTUM TAMEN *actio detur*. E nella *l. 16. h. t.* si dice di un caso: *ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*

compete l' *actio directa* si concede un' *actio utilis*; e questa poi, rispetto all' essenza sua, si chiama *actio in factum*. E ciò veramente porge la più spiccata dimostrazione della verità del nostro concetto. Così si dice nella l. 26. §. 3. *in f. de pactis dot*: (23. 4.)

> licet *directa* actio nulla competit, *utilis* tamen *in factum* danda est.

Ma ciò non è da confondere con la espressione simigliante posta nel caso della l. 7. §. 1. *de religiosis* (11. 7.)

> Adversum eum, qui in alterius arcam lapideam, in qua adhuc mortuus non erat conditus, mortuum intulerit *utilem actionem in factum* Proconsul dat, quia *non proprie* vel in sepulchrum, vel in locum alterius, intulisse dici potest.

Dappoichè quì si parla di un' *actio in factum utilis* dell' *actio in factum*: il qual passo avrebbe offerto un sostegno alla opinione del Muehlenbruch (op. cit. p. 124) certamente migliore di quello ch' ei prende dalla l. 26. §. 3. *de pact. dot.*

II. Fin quì della differenza tra le azioni utili e le azioni in fatto. Dalle ricerche che abbiam fatto risulta non essere di niun pregio per una esposizione sistematica la denominazione *actio utilis*: ciò che giova sapere è solamente se l' azione sia o pur no *actio in factum*. Ma inoltre, esporre in genere la nozione delle azioni *in factum* non basta punto per iscorgere quale sia la loro sfera reale: a far ciò è mestieri d' investigare d' altra banda quant' oltre si estenda la sfera delle *actiones vulgares*. Ora considerando i *judicia prodita* per ciò che in essi si riferisce al dritto delle obbligazioni, troviamo che la maggior parte delle *actiones vulgares* si

comprende ne' due sistemi esposti innanzi, cioè quello del dritto stretto e quello della buona fede. Non di meno contrasterebbe alla storia chi dicesse che tutte quelle azioni, nate da obbligazioni e non comprese nel cerchio de' due sistemi detti di sopra, sieno azioni in fatto. Chè se ciò si può dire di tutte le azioni pretorie, non si potrà dir parimenti di tutte le altre azioni civili. Moltissime di queste danno origine a giudizi propri, addimandati con nomi lor propri, a' quali bisogna quì por mente; perciocchè dicendosi *actio in factum* si vuol dire che tale azione non si possa ridurre a niuna nozione generale, il che spiega perchè essa non può aver nome. Ora que' giudizi di dritto civile, i quali, tuttochè fuori de' sistemi dello stretto dritto e della buona fede, non vengono mai chiamati *actiones in factum*, sono segnatamente i seguenti:

1.° L'*actio ad exhibendum*, la quale è un' azione pretoria della *rei vindicatio*, con cui però concorda in tutti i suoi momenti. Però si erra quando, esponendo cotesta azione, si dice che con questo nome collettivo si voglian dinonatare molte e diverse azioni distinte (1):

2.° L' *arbitrium aquae pluviae arcendae*. Se taluno senza averne il dritto fa tale opera onde la consueta caduta delle acque piovane venga mutata in danno del predio vicino, al proprietario di questo compete cotesta azione contro il proprietario dell' opera. In questo *arbitrium* l' *officium judicis* consiste nel condannare (2) a distruggere l' opera ed a risarcire il danno obbiettivo

(1) Thibaut Sistema delle Pandette §. 578.
(2) L. 6. §. 8. h. t.

avvenuto effettivamente (1) dopo la contestazione della lite:

3.° L' *arbitrium finium regundorum*, che è la terza delle azioni divisorie, ed à luogo per quistioni di confinazione. Che questa non appartenga, come le altre due azioni divisorie, alle obbligazioni di buona fede è cosa naturalissima. Ne' giudizi *communi dividundo* e *familiae erciscundae* il carattere proprio de' giudizi di buona fede è formato dal rapporto di comunione o di società santamente rispettato. E questo carattere manca affatto nella terza azione divisoria, *finium regundorum*; che anzi condizione necessaria perchè la si possa istituire si è che non ci sia più niuna comunione fra le parti.

Paulus lib. 23. ad Edictum.

L. 4. §. 6. h. t.

> Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur; neque enim inter ipsos accipi videtur judicium.
>
> §. 7. Si communem fundnm ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an finium regundorum judicium accipere possumus? Et scribit Pomponius *non posse nos accipere, quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus:* sed unius loco habemur.

Questa è la ragione per cui *l' actio finium regundorum* non può essere un' azione di buona fede. E quantunque in molte cose questa azione coincida con le altre due azioni divisorie, non di meno la divergenza dell' una dalle altre è indicata a sufficienza nella iscrizione del titolo che ne tratta nel Codice: COMMUNIA UTRIUSQE

(1) L. 6. §. 6. l. 14. §. 2. h. t.

JUDICII, *tam FAMILIAE ERCISCUNDAE*, *QUAM COMMUNIA DIVIDUNDO* (3. 38.). Ma l'azione di cui parliamo è un' *actio arbitraria* come tutti gli altri *judicia* fuori i *bonae fidei*, in cui à luogo *l' officium judicis*; ed à per nota speziale di appartenere alla classe di quelle azioni, in cui la *condemnatio* propria viene fuori nel caso di contumacia,

L. 4, §. 4. h. t.

> Sed si quis *judici non pareat* in succidenda arbore, vel aedificio in fine posito deponendo, parteve ejus, *condemnabitur*.

Ora tutte le rimanenti azioni di dritto civile, che non sono di buona fede, oltre a quelle comprese nelle tre categorie dianzi formate, si chiamano tutte senza eccezione *actiones in factum*; e per distinguerle dalle *actiones in factum praetoriae* lor si pone per lo più la giunta (1): *civiles*, o *praescriptis verbis*. Ma con ciò non si deve dire che tutte le *actiones praescriptis verbis* sieno *actiones in factum*. Comechè sia stato perfettamente così in origine, secondo che attestano le vestigie rimasteci nella l. 1. §. 1. *de rerum permutatione* (19. 4.), non di meno a mano a mano alcune di esse entrarono nel cerchio de' *bonae fidei negotia*, com' è per esempio *l'actio praescriptis verbis ex permutatione*, e quella *ex estimato*. Quindi innanzi esse non furon più chiamate azioni in fatto: e ciò bene a ragione; perciocchè, en-

(1) L. 1. §. 2. h. t. (19. 51.). *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit; sed non exhibita fide, IN FACTUM CIVILIS subjicitur actio*. E la l. 2. dice: *nam cum deficiant vulgaria, atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum*.

trate nella sfera di un' ampia e determinata nozione, ciò che formava la lor nota caratteristica di *actiones in factum* si andò perdendo. Laonde quelle che non sono fra le azioni di buona fede si son sempre venute chiamando *actiones in factum*, cioè *praescriptis*, e le altre che nascono da negozi di buona fede s'intitolano col nome del negozio che le produce. Così nella I. 1. pr: *de aestim.* si dice: *dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem:* e nel §. 28. J. *de act.* si dice: *praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit.* Ma noi ritorneremo su questo argomento.

Ora tutte le *actiones in factum civiles*, i cui casi non coincidono perfettamente con quelli compresi nella nozione del *bonae fidei judicium* sono azioni ausiliarie di azioni già riconosciute, e però, come anche si è detto di sopra, sono tutte parimenti *actiones utiles* (1). Questo venir riempiendo con tali azioni i vòti lasciati dalla nozione delle azioni di buona fede, si ravvisa per tuttequante le azioni appartenenti a questo sistema. L'*actio utilis arbitraria de eo quod certo loco*, quantunque sia un' *actio in factum civilis*, non si chiama *praescriptis verbis*, perchè viene in ausilio non di *bonae fidei* ma di *stricti juris actiones*. Così nella l. 13. §. 2. *commod.* (13. 6.) si parla di un' *actio praescriptis verbis*, la quale sostituisce l' *actio commodati*; nella l. 1. §. 9. *dep* : (16. 3) di un' altra simile, la quale à luogo in vece dell'*actio depositi*; finalmente nella l. 3. *de praescr:*

(1) E qui resta compiutamente smentito ciò che asserisce il Muehlenbruch op. cit. p. 128, che tutte le *actiones utiles* sieno azioni pretorie.

verbis (19. 5.), di quelle, le quali stanno in luogo dell' *actio emti*, *locati*, *mandati*; nella l. 23. *commun: divid*: (10. 3.) si trova un' *actio praescriptis verbis* per l' *actio pro socio* e *communi dividundo*. Ora che tutte coteste azioni sien chiamate *actiones utiles* risulta non pure dalla già citata l. 6. C, *de transact.* (2. 4.), ma ancora dalla l. 4. *de rescind. vend.* (18. 5.), ove si dice dell' *actio praescriptis verbis*, ch' essa sia *PROXIMA EMTI IN FACTUM*.

Per ciò che riguarda i loro effetti le azioni *in factum civiles* o *praescriptis verbis* sono tutte senza eccezione *arbitrariae*: però in questo rispetto ne discorreremo appresso nella breve esposizione delle azioni arbitrarie.

III. Di sopra notammo che tutte le azioni ausiliarie pretorie erano sempre chiamate *actiones in factum* ancor quando prendevano un nome proprio, per contrario di ciò che accade delle azioni civili, le quali non eran più chiamate *in factum* quando prendevano un nome. Ciò vuole esser quì giustificato, e la giustificazione di questo fatto ci è offerta dalla essenza della giurisdizione pretoria. Dappoichè tutto quanto il dritto pretorio è un dritto ausiliario, inteso a compiere il vòto del dritto civile (1). La espressione sarebbe puntualmente prammatica s' ei si dicesse che tutto il dritto pretorio è un *jus in factum*. Ogni azione pretoria è nata dal bisogno del momento e là dove non si aveva in pronto nessuna azione civile. Ora avverandosi a mano a mano

(1) L. 7, §. 1. *de justit. et jur.* (1. 1.). *Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.*

de' casi consimili a quello pel quale fu dapprima concessa un' *actio in factum*, naturalmente fu ripetuta la medesima azione. Laonde molte ce ne furon, che, occorrendo soventi volte e sempre in casi simili, vennero acquistando una sfera determinata e circoscritta entro i limiti dalla nozione che stabilir se ne potette: e con ciò ricevettero insieme un nome proprio. Non di meno la loro essenza originaria di *actiones in factum* non ne fu punto mutata. Di ciò che quì abbiamo affermato non è penuria di dimostrazione. L' *actio de effusis et dejectis* è chiamata dalla l. 1. §. 4. h. t. *actio in factum*. Parimenti l' *actio de recepto*. Inoltre potrebb'essere una eloquente pruova del nostro assunto che l'*actio de dolo* in certi casi si può facilissimamente trasformare nelle sembianze di un' *actio in factum*, conservando tuttavia gli effetti suoi tutti, per fino l' infamia (1).

Ora noverare ad una ad una tutte le *actiones in factum praetoriae* sarebbe opera, non che impossibile, affatto inutile. Ei ce ne à tante quanti ci à casi, ove il principio della equità richiede un' azione. E certamente gl' infiniti rapporti e le svariate lor combinazioni formano alcun che di tanto puramente materiale, ch' ei non è certamente da imprendere ad esporne il contenuto. Solamente quelle, che a mano a mano, venendo in uso giornaliero, si sono elevate ad una nozione ed ànno con ciò segnato limiti certi alla loro sfera, possono es-

(1) Ciò è mostrato dalle stesse parole che si usano nella l. 11. *de dolo malo* (3. 5.): *Quid ergo est? in horum persona dicendum est*, IN FACTUM VERBIS TEMPERANDAM ACTIONEM *dandam*, *ut bonae fidei mentio fiat*.

sere nominatamente indicate. Di queste rilevano spezialmente le seguenti pel dritto delle obbligazioni (1).

A. Delle obbligazioni che non ànno per fondamento un delitto:

1.° l' *actio de constituta pecunia*,

2.° l' *actio funeraria*,

3.° l' *actio in factum* per mancanza della *cautio damni infecti*,

4.° l' *actio de recepto*

5.° l' *actio rei judicatae*.

B. Di quelle che ànno un delitto per base:

1.° l' *actio vi bonorum raptorum*,

2.° l' *actio injuriarum aestimatoria*,

3.° l' *actio de dolo*,

4.° l' *actio quod metus causa*,

5.° l' *actio in factum contra calumniatores*,

6.° l' *actio servi corrupti*,

7.° l' *actio de effusis et dejectis*,

8.° l' *actio de positis et suspensis*,

9.° l' *actio in factum ob alienationem judicii mutandi causa factam*.

10.° l' *actio in factum furti adversus nautas, caupones stabularios*,

11.° l' *actio de sepulchro violato*,

12.° una quantità di azioni penali, che si riferisco-

(1) Zimmern à esposto benissimo la differenza tra l' *actio de recepto* e l' *actio in factum adversus nautas*, mostrando come quest'ultima nasce da un delitto, ed è la sola cui pensarono Gajo e Giustiniano; laddove la prima e un' azione propriamente contrattuale, e si poggia sul *receptum*, il che non forma punto condizione necessaria per le azioni nascenti da delitti. *Sistema delle azioni nassali* p. 291 — 302.

no alla non comparsa in giudizio o all' impedimento di comparire.

13.° l'*actio si mensor falsum modum dixerit*, e l'*actio in factum*, *si judex litem suam fecerit.*

IV. In questa sposizione delle azioni, che non appartengono al sistema del dritto stretto nè a quello della buona fede, ci rimane a parlare da ultimo degli effetti loro. Nella esposizione delle azioni raggruppate ne' due sistemi testè ripetuti noi facemmo capo agli effetti per vedere qual fosse l' intimo lor carattere; e notammo ch' esse si potevano indirizzare ad un *certum* o ad un *incertum*. Ma per le azioni poste fuori de' due sistemi, delle quali ci occupiamo ora, ciò non potrebbe essere stato parimente il primo obbietto delle nostre ricerche. La ragione di ciò si è che queste non sono nate tutte da una nozione fondamentale, siccome è per quelle: anzi, venute sù ad una ad una e col succedersi del tempo, ciascuna di esse aveva una sfera ed un campo a sè proprio. Non di meno sta nella natura istessa della cosa che qualsivoglia azione, quanto a suoi effetti, può essere di due sole maniere: o tale che si debba ottenere o tutto o nulla, o tale che si possa ottenere mezzanamente ciò che si chiede: nell' un caso la domanda à per obbietto un *certum*; nell' altro un *incertum*, e dipende dall' arbitrio del giudice il determinarlo. Siffattamente anche queste azioni, che non sono comprese nei due sistemi, potranno partirsi in *obligationes certae* ed *incertae*. Ma questa partizione, che nelle azioni di dritto stretto ed in quelle di buona fede formava lor nota caratteristica, quì non è presa per dinotare il loro carattere fondamentale. Secondo tale partizione adunque fondata sugli effetti di queste azioni potremo dire che tutte le *actiones*

in factum, le quali s' indirizzano ad una *poena* determinata o ad una stabile valutazione obbiettiva (*aestimatio*) sono *obligationes certae*. A questa maniera di azioni appartengono inoltre quelle formate a similitudine delle azioni di stretto dritto, come è p. e. l' *actio de constituta pecunia* (1).

L' altra maniera delle *actiones in factum* e quella le cui rispondenti obbligazioni non contengono un *certum*. Coteste azioni adunque, come dicemmo di sopra, mettono capo nell' arbitrio del giudice, il quale determina l' incerto. Ed eccoci alla nozione delle *actiones arbitrariae*. Per diritto romano è *actio arbitraria* ogni azione, la quale, quantunque non appartenga a' *bonae fidei judicia*, non di meno riesce e si risolve all' arbitrio del giudice. E veramente non ci à niun altro nome più acconcio a dinotare brevemente tutte insieme tal fatta di svariatissime azioni di origine pretoria e civile. Le azioni di buona fede, mettendo capo parimenti nell'arbitrio del giudice, in ultima analisi sarebbero anche *actiones arbitrariae*. Ma ci è una buona ragione per la diversità del nome dato ad amendue, cioè *arbitrariae* propriamente dette, e *bonae fidei*. Nelle azioni di buona fede l' arbitrio del giudice deve prender norma dalla buona fede; e, dicendo che deve prenderne norma, si dice implici-

(1) Che l' *actio de constituta pecunia* sia un' azione puntualmente imitata dalla *condictio ex stipulatu* il dimostra questo fatto, che quando si era stabilito dovesse farsi il pagamento in un luogo determinato, dato il caso che si dovesse domandare in altro luogo, l'azione si concedeva ad esempio dell' azione arbitraria. l. 16. §. 1. h. t. (13. 5.). *Sed et certo loco et tempore constituere quis potest: nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est; sed* EXEMPLO ARBITRARIAE ACTIONIS *ubique potest.*

te che la buona fede delimita l' arbitrio del giudice. Questa buona fede è la legale consuetudine speciale e propria di ciascuno di quei consueti negozi della vita siffattamente addimandati. Laonde dovendosi l' arbitrio del giudice uniformare a coteste legali consuetudini ed attemperarvi, è chiaro che questa norma, la quale circoscrive l'arbitrio, forma in tai casi un nome ben più caratteristico che non sarebbe l'arbitrio da quella circoscritto. Le *actiones arbitrariae* veramente ànno anch' esse una norma. Questa norma è la generale legalità : e ben si potrebbe dire che sia il *bonum et aequum*; perciocchè coteste azioni alcune volte vengon chiamate *actiones ex bono et aequo* (1). Ma poichè questo *bonum et aequum* è la più generale delle nozioni, quella in che tutto si comprende l'ampissimo campo della equità, in ultima analisi non vien punto a delimitare l'arbitrio del giudice: nel giudice si presume il *bonum et aequum* e però l' arbitrio del giudice e la nozione generalissima della equità coincidono insieme; non già che l' una limiti l' altro. Ecco perchè il nome *actiones arbitrariae* sta bene a quelle di tal natura, ed è caratteristico. Che poi il *bonum et aequum* formi un campo più vasto che non la *bona fides*, si vede chiaramente dal seguente passo.

Ulpianus lib. 25. ad Edictum.

L. 14. §. 13. de religiosis. (11. 7.).

Nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto *judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari; sed solutius aequitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget.*

(1) L. 14. §. 6. *de religiosis* (11. 7.).

Le *actiones bonae fidei*, quantunque diversissime fra loro, ànno non di meno tutte un fondo comune. Questo fondo comune è la bilateralità procedente dalla loro essenza, e l'avere la buona fede per norma tale, che delimita l'arbitrio del giudice; perciocchè la buona fede e la fonte donde presero vita tutti cotesti negozi. Le *actiones in factum*, all'incontro, venute su per casi che occorrevano alla spicciolata, ànno le più volte il carattere della unilateralità; nè si possono raggruppare in nozione genarale altrimenti che notando il loro dipendere dall'*arbitrium judicis*. Non di meno ci à parecchie *actiones arbitrariae*, le quali si possono, separandole dalle rimanenti, raggranellare insieme, come se avessero presso a poco un carattere comune.

Dalle altre obbligazioni tutte si distinguono essenzialmente le vindicazioni. La nota caratteristica, onde queste da quelle si distinguono, si è che in queste non ci è bisogno di due persone che contrastino. Colui che va in cerca della cosa sua la persegue dovunque la trovi: il possessore non è altro che l'accidentale rappresentante della cosa; dappoichè la sua parte in giudizio consiste a sostenere che il suo avversario non abbia niun diritto di chiedere la cosa per cui si disputa. Gli è questa una lite quasi tra una persona ed una cosa, la quale à necessariamente mestieri di un'altra persona che la rappresenti e difenda. Così dunque abbiamo un possessore, il quale si erge a difensore della cosa. Ma poni che per colpa di lui la cosa se n'esca dalla sua guardia (*si dolo desiit possidere*), o ch'egli per sua colpa sia in ingiusto possesso (*malae fidei possessor*); poni che siffattamente si è trascurato qualche cosa, ed ecco che il tenore della disputa si capovolge; e partendo

dalla cosa, la querela s' indirizza proprio a quel desso, che aveva preso a difenderla. Il rapporto giuridico della *rei vindicatio* non può mai esser considerato siccome un rapporto di obbligazione (1): non di meno ne' suoi effetti e nel determinarsi si veste dell'aspetto di obbligazione, ma sempre sussidiariamente e quando il rapporto puramente reale non basta. L' *officium judicis* nelle vindicazioni deve disporre la restituzione della cosa, ed, ove ciò non avvenga, deve farne determinare il valore con un *jusjurandum in lite*, *sine ulla taxatione*, con giuramento *in infinitum* (2). Ora poichè la scelta in questa alternativa si spetta al giudice, tutte le vindicazioni sono *actiones arbitrariae* (3).

Ma quì bisogna por mente che ci à di molte obbligazioni, le quali per l' accidentale lor contenuto ànno una somiglianza di fatto con la *rei vindicatio*; perchè esse avevan luogo o per preparare la vindicazione o per sostituirla. Alla prima specie appartiene p. e. l' *actio ad exhibendum* (4); alla seconda l' *actio finium regundorum* (5) e l' *actio quod metus causa.* Se non che, poichè queste obbligazioni ci stanno solamente per comodo della vindicazione, debbono necessariamente tornare inutili quando entra in campo la stessa *rei vindicatio.* Però se il convenuto esibisca la cosa, per modo che non rimane altro da fare che vindicare; se colui, che possiede una cosa estorta generando timore,

(1) Come sembra opinare il Muehlenbruch op. cit. p. 10.
(2) L. 68. *de R. V.* (6. 1.).
3) §. 31. J. de Act. (4. 6.).
(4) L. 1. *D. ad exhib.* (10. 4.).
(5) L. 1. *finium regund.* (10. 1.)

la lasci vindicare (1), o, ciò che torna allo stesso, s' egli la restituisca (2), in tai casi cessa evidentemente il rapporto personale, e l' obbligazione e sciolta. Onde siccome la vindicazione in certi casi prende il carattere e l' efficacia della obbligazione, così queste obbligazioni fin dal loro nascere pigliano natura simile alla vindicazione; e però ànno lo stesso carattere di *actiones arbitrariae* come le vindicazioni istesse (3).

Noi abbiamo siffattamente mostrato che l' accidentale contenuto di queste obbligazioni faceva sì ch' esse cessassero per il fatto del convenuto, come p. e. quando egli esibisca o restituisca la cosa. Ora questo carattere, il quale sta in talune solamente delle *obligationes arbitrariae*, è stato spesso ritenuto come essenza fondamentale di queste obbligazioni tutte. Quei giuristi, i quali àn portato questa opinione, conchiudevano che la nozione delle *actiones arbitrariae* riposasse però sulla necessità della contumacia. Questo errore è stato generato in parte dall' aver malamente inteso il §. 31. J. *de act.* Quivi, per recare degli esempli delle *actiones arbitrariae*, sono state trascelte per avventura parecchie di queste obbligazioni che tengono della vindicazione, e di cui testè facemmo parola. Ora questi esempi sono stati reputati quasi come lo schema di tutte le azioni

(1) L. 9. §. 4. §. 6. *quod metus* (4. 2.).

(2) L. 14. §. 3. in f. h. t.

(3) Ma poichè queste obbligazioni ci stanno per la vindicazione, consegue necessariamente che esse abbiano luogo in quelle stesse persone contro cui può aver luogo la *rei vindicatio*. La espressione *actio in rem scripta* s' incontra, ch' io sappia, una volta sola nelle Pandette l. 9. §. 8. D. *quod metus* (4. 2.).

arbitrarie; nè valse a fare accorti dell' errore il veder noverata fra quelle anche l' *actio arbitraria de eo quod certo loco*, la quale non à punto il medesimo carattere delle rimanenti tolte ad esempio (1). Ma questo doppio carattere, che mostrano le azioni arbitrarie, è una conseguenza del contenuto accidentale delle singole obbligazioni; nè forma punto la essenza di tutte le *actiones arbitrariae*. Ciò è dimostrato chiaramente dall'*actio de dolo*. Alcune volte quest' azione prende l' indole delle obbligazioni testè esposte, e ciò avviene propriamente quando il contenuto della disputa sia la restituzione di una cosa. Quando per contrario l' accidentale suo contenuto non è tale, l' *actio de dolo* s' indirizza unicamente all' interesse. Intanto e nell' uno e nell' altro caso l' *actio de dolo* rimane sempre un' azione arbitraria (2). Ci offrono parimenti salda dimostrazione del nostro assunto l' *actio de eo quod certo loco* e l' *actio funeraria*, le quali sono amendue azioni arbitrarie e tuttavia non si brigano punto nè di restituzione, come mezzo di prevenzione, nè di contumacia. Ma da ultimo se oltre a tutte queste ragioni poniamo mente che il *bonum et aequum*, il quale sta in fondo ad ogni azione arbitraria, richiede giustamente che si eviti al possibile ogni ragione di lite, ci apparrà cosa naturalissima che in qualsivoglia azione possa esser quistione di una restituzione ivi debba esser questa il primo obbietto della disamina; e ciò anche facendo astrazione dalla relazione, in cui queste azioni stanno con la *rei vindicatio*.

(1) Alcuni giuristi dividono in due la nozione delle azioni arbitrarie, o, accortisi dall' *actio de eo quod certo loco*, formano due nozioni distinte: così il Thibaut — Sistema §. 69.

(2) L. 18. *de dolo malo* (4. 3.).

Adunque riassumendo : sono *actiones arbitrariae* tutte quelle azioni che senza essere *bonae fidei* pure dipendono dall'arbitrio del giudice : una gran parte di queste azioni, essendo affini con la vindicazione, ànno questo di speciale, che con la esibizione o con la restituzione della cosa cessa immediatamente il procedimento : non di meno rimangono molte azioni arbitrarie, che non partecipano punto di questo carattere : anzi ogni *actio arbitraria* à una sfera ed un campo a sè : così l' *actio aquae pluviae arcendae*, l' *actio de eo quod certo loco*, l'*actio funeraria* e le *actiones praescriptis verbis*, che non sono *bonae fidei* ; e fra le azioni nascenti da delitti, l' *actio injuriarum* e l' *actio de sepulchro violato*, come pure l' *actio in factum si judex litem suam fecerit* (1). Nelle parole finali del §. 31. J. *de action.* (4. 6.) è contenuta questa nozione più ampia delle *actiones arbitrariae*, delle quali la specie noverata in principio del §. medesimo non forma che una parte.

> In his enim actionibus *et caeteris similibus* permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare quaemadmodum actori satisfieri opporteat.

V. Oltre alle obbligazioni connesse con le loro azioni ce ne à di molte altre, il cui effetto, quantunque nel diritto novello sia identico con quello delle precedenti,

(1) L. 11. §. 1. *de injuriis* (47. 10). *Injuriarum actio ex bono et aequo est.* L. 1. l. 10. *de sep. viol.* (47. 12.). *Dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est.* L. *ult. de extr. ord. cogn.* (50. 13.).

pure non si chiama *actio* ma *interdictum* (1). Ne' casi di turbativa de' dritti altrui, o quando bisognava restituire o esibire una cosa, le more del giudizio potevano tornar troppo dannevoli, massime se il convenuto non aveva da eccepire nulla contro il fatto. In tai casi però interveniva il Pretore medesimo: *veto*, *exhibeas*, *restituas*. Ma se il convenuto negava o avesse avuto eccezioni da produrre, allora si dava un giudice come ne' casi ordinarii. Gl' interdetti però non differiscono dalle azioni se non solamente per la forma. Ma non è questa sola la ragione per cui non si vogliono quelli digiungere da queste; sì ancora si voglion congiungere per la simiglianza degli effetti. Siccome avviene in una delle due classi da noi distinte delle azioni arbitrarie, parimenti negl' interdetti ci è un fatto generale in fondo alla obbligazione. Essi sono parimenti restitutorii o esibitorii, o, ciò ch' è ancora più generale, proibitorii. Laonde essi sono *obligationes* ma *obligationes* verso tutti non verso un solo, ed inoltre molti di essi concorrono anche a preparare la vindicazione. E parimenti come avviene nelle azioni arbitrarie della classe testè ricordata, l' *officium judicis* anche negl' interdetti ordina primamente un fatto generale, ed, in caso di contumacia, dispone che la obbligazione produca i suoi effetti.

(1) In mancanza di ricerche proprie presenterò qui brevemente i risultamenti di quelle egregiamente fatte da Haubold, *Giorn. di giuris. Stor. V. 3. p. 368 e seg.* e dal de Savigny, *Possesso 3. Ediz. p. 400. e seg.*

Ulpianus lib. 62. ad Edictum.

L. 1. §. 3. de interdictis.

Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt (1).

Col dechinare di tutto quanto l'*ordo judiciorum* perdettero il loro valore formale anche gl' interdetti: ora essi si possono considerare siccome *actiones in factum ex causa interdictorum* (2), le quali sono ne' loro effetti affatto simili alle azioni arbitrarie restitutorie ed esibitorie. Non di meno, posto mente alla loro origine storica, essi vanno trattati nel sistema diginntamente dalle altre azioni, nè voglionsi punto confondere materialmente con queste, come fanno i moderni sistematici. Al tempo di Giustiniano il distinguere gl' interdetti dalle azioni aveva la medesima poca importanza pratica che si è notata in tempi più freschi; non di meno Giustiniano li distinse diligentemente dalle azioni.

E quì cade in concio di notare brevemente alcune cose in-

(1) Non posso convenire nel modo, onde Savigny, *Possesso* p. 32, traduce questo passo. S' ei si riferisse a taluni interdetti solamente, sarebbe assolutamente necessario un *quaedam* dopo *licet*. Ma l' IN REM si riferisce in genere solo alla universalità delle azioni restitutorie, esibitorie e proibitorie. Però l' *actio ad exhibendum* e *quod metus causa* sono parimenti *in rem conceptae*, nè gl' interdetti possessorii formano eccezione di sorta. Il passo per tanto, secondo a me pare, dovrebbe essere inteso a questo modo: Quantunque gl' interdetti per la loro tendenza all' universale sembrino discostarsi dalla indole fondamentale delle obbligazioni, la quale consiste nella dilimitazione personale, non di meno essi PE' LORO EFFETTI ULTIMI appartengono alle obbligazioni (*vi tamen ipsa personalia sunt*); dappoichè ciò che gl' interdetti ànno di universale si risolve nel *factum* di una determinata persona.

(2) *§. ult. J. de interdict.* (*4. 15.*).

torno al possesso. Questo sendo un fatto, non può aver posto in un sistema di dritto. Ma poichè esso à delle azioni a sua tutela, quando vien turbato dà origine ad una formale *obligatio possessionis*. Ora dovendo noi, conformemente al concetto esposto, ordinare le obbligazioni secondo le azioni, dovremmo collocare il possesso nel posto destinato agl' interdetti. Questa opinione egregiamente sostenuta dal Savigny (1), è però una conseguenza del nostro concetto intorno all' intero diritto delle obbligazioni. Nè pare, per verità, che quello il Muehlenbruch (2) vuole inferire per la contraria sentenza dalle parole *dominium possessionis*, valga a sminuir forza al concetto nostro. A noi non pare neppur bisogno di fondare il carattere obbligatorio del possesso sulla illegalità della violenza in genere; che anzi si può agevolmente concepire che il fatto del possedere diventi un dritto a possedere per ciò, che colui che vi si oppone non à neppur questo fatto dal canto suo; e ciò a differenza di quello accade per la proprietà, in cui il dritto è già fondato, senza aver rispetto a colui solamente, il quale contrasta. Ciò del rimanente sarebbe una quistione di niuna importanza pratica pel nostro sistema, giacchè noi non abbiamo accettato la partizione principale in *obligationes ex contractu* ed *ex maleficio*.

VI. Oltre alle obbligazioni che ànno azioni ce ne à di alcune, le quali non ànno vere azioni, sibbene sono protette da un' altra guarentigia giuridica. Di quest' ultima specie sono quelle obbligazioni, cui accorre il Pretore medesimo, purchè gli sia stato solamente esposto il fatto,

(1) Possesso p. 30 — 39.
(2) Cessione p. 6.

e che si avverino le circostanze esposte. A questa classe di obbligazioni appartengono la *operis novi nunciatio*, tutte le domande per prestazione di cauzione, nei casi in cui si può domandare; e però la *cautio*, *damni infecti*, tutte le *missiones in bona* e la *restitutio in integrum*. Parimenti va quì collocata la *obligatio* di dotare le figliuole proporzionatamente ai beni, perciocchè, ove ciò non si faccia, il Proconsole può astringere a farlo (1); ed ancora tutte le *extraordinariae cognitiones* in genere. Molto acconciamente Haubold (2) à posto alla fine del suo sistema del dritto delle obbligazioni molte di quelle, che quì abbiam noverato, come sarebbe la *restitutio in integrum*; chè siccome il dritto di successione non si vuol discindere dai modi di acquistare la proprietà, sì parimenti non si vuole la *restitutio in integrum* dalle quì noverate obbligazioni. Per ogni verso a me pare che la *restitutio in integrum* vada noverata fra le obbligazioni: ed assegnarle un posto fuori il sistema parrebbe per verità un procedere poco sistematico.

(1) L. 19. *de jure dotium* (23. 3.).
(2) *Instit. hist. dogm.* p. 345. seg.

DISSERTAZIONE TERZA

Intorno alla favolosa teorica de' contratti innominati e del *jus poenitendi.*

§. 9.

Nelle due precedenti dissertazioni abbiamo cercato di esporre i tratti fondamentali di un sistema del dritto delle obbligazioni, fondato su' principali effetti di queste, i quali sono appunto le azioni. Ciò fatto noi ben veggiamo che quelle due dissertazioni già valgono senz' altro aggiugnere a dichiarare molte nozioni in fatto di dritto state fin ora dubbiose ed oscure per cagione dell' erroneo ordinamento della materia, usualmente seguito. Non per tanto ora ci occuperemo a dare la pruova della utilità che si trae dal nostro sistema, il quale, anche senza questa conferma a posteriori, confidiamo di affermare per vero, eziandio in ciò che riguarda la intelligenza di tutto il dritto, di cui ci occupiamo, preso nell' insieme. Nè prima d' ora si poteva presentare la ri-

pruova di cui parliamo, perciocchè essa consiste a ricondurre, mercè le premesse esposte d'innanzi, al suo vero punto di luce una teorica stata fin ora grossamente frantesa per l'antico sistema ed ordinamento della materia da noi ora rimaneggiata. Questa teorica grandemente falsata, non punto tocca nè discussa là dove veramente stava la piaga, ed invece stata obbietto di sterili quistioni accessorie, ci è pervenuta, passando dai Glossatori ai giuristi posteriori, e dagli scritti di questi fino a noi, come un malaugurato fedecommesso, intattà e non punto emendata. E ciò veramente ne dimostra pur troppo chiaramente quanto sia cosa dannevolissima il prendere a considerare il dritto romano in genere dal lato materiale, in cambio di considerarlo dal formale.

La tradizione legataci dice che, oltre a' contratti nominati, ogni patto sia un *pactum nudum*, il che vuol dire ch' ei non valga a produrre azione alcuna. Ma segue dicendo che, se una delle parti abbia dato dal suo canto o fatto la prestazione di checchessia, se ne muta dalle fondamenta la condizion delle cose: colui che à dato o prestato ciò che doveva dal canto suo, può chiedere con l' *actio praescriptis verbis* che l' altro suo compaciscente adempia alla sua volta dall'altro canto. Cosiffatti contratti sono stati intitolati dalla tradizione contratti innominati, non ci essendo quì veramente niun *nomen*, ma sì una *causa contractus*. Ma con ciò noi non siam giunti al termine di ciò che ci à di strano nella tradizione. Ciò che non mai accade in qualsivoglia altra maniera di contratti accade in questi contratti innominati: ei si pretende che in questi possa uno de'contraenti recedere a suo libito dal contratto. Colui che à dato o fatto la prestazione dovuta dal suo canto à la

scelta sia di chiedere che l'altro contraente dia o presti ciò che promise, sia di farsi restituire ciò ch' egli dette o prestò. È questo dritto di eleggere uno de' due partiti fu considerato come una anomalìa, ed intitolato con nome a sè proprio *jus poenitendi*. Nè questa pretesa anomalìa è stata priva di comenti: appresso ne percorreremo alcuni. Ora poichè i contratti erano stati divisi in verbali, letterali, censensuali e reali, e poichè i contratti con diritto anomalo nascevano col fatto della prestazione di una cosa, era naturalissimo che si avessero dovuti collocare fra contratti reali. Laonde i contratti reali furono suddivisi in due classi: contratti nominati e contratti innominati; e di questi ultimi si notarono quattro specie: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

Prima di entrare a disaminare la materia sarà bene di considerare un tratto criticamente questa teorica, che in poche parole abbiamo esposta. Essa è stata accettata ed ammessa da tutti i giuristi quale noi l' abbiamo mostrata. I capi d' accusa che ora noi eleviamo contro questa teorica si possono riassumere a' seguenti. Che nè il nome nè la nozione de' contratti innominati fu mai nota a' Romani: che le quattro forme datene sono schemi universali entro cui si rassegna qualsivoglia contratto: che il collocare i contratti innominati fra i reali è in sè stesso una contraddizione: che, finalmente, nel dritto romano non ci à pur orma del *jus poenitendi* preso nel senso de' moderni.

Che in tutto il *Corpus Juris* non s' incontri mai la denominazione *contractus innominatus* è cosa consentita da tutti i difensori e partigiani di questa teorica. Ciò veramente non rileverebbe gran fatto s'ei si trovasse qual-

che altro epiteto o nome che dinotasse questo concetto: di nomi se ne son coniati tanti anche là dove ce n'erano di eccellenti, come sarebbe *beneficium competentiae* in vece di *condemnatio in quantum facere possunt*, o *jus ad rem* in cambio di *obligatio*. Ed il Cujacio ed il de Retes (1), e sulle loro orme altri molti, veramente ànno creduto di avere anche quì semplicemente a mutare una espressione: la espressione genuinamente romana *contractus incerti*, che a quando a quando si rinviene (2), si trasformò per loro nell'altra, che non pecca punto di soverchio odor classico, *contractus innominati*. Ed in ciò fare parve loro di aver trovato una giustificazione più che sufficiente in questo, che alcune volte l'*actio praescriptis verbis* è chiamata *actio incerti*. È veramente inconcepibile la leggerezza con che que' due uomin gravi, ed altri sulla lor fede, abbiano creduto esser questo la pruova della verità della loro erronea opinione. Essi non àn punto veduto che ogni contratto, la cui azione s'indirizza all'interesse, e però all'*incertum*, sia un *contractus incertus*; del pari come ogni azione con cui si chiede un *incertum* è un'*actio incerti*. Per tal ragione l'*actio ad exhibendum* è chiamata *actio incerti*.

(1) *Meermanni Thesaurus Tom. 6, p. 103. et seq.*

(2) *L. 9. pr. de reb. cred.* (*12. 1.*), *l. 1. §. 6. de const. pec.* (1. 5.); l. 18. pr. *de accept.* (*46. 4.*).

Labeo lib. 6. Posteriorum a Javoleno epitomatorum.

L. 33. dep. (16. 3.)

Posse dixi cum eo apud quem deposita esset *incerti agere*, id est, *ad exhibendum.*

Similmente vien chiamata l'azione nascente dalla stipulazione, quando questa contiene un *factum*; e non per tanto la stipulazione non è punto considerata da quei medesimi giuristi come un *contractus incertus*. Ora queste contraddizioni rivelano palesemente che mentre da un canto essi venivan creando arbitrariamente il loro concetto, andavano insieme a pesca del primo nome, il quale presentasse certa simiglianza con quel concetto immaginato: e pescato questo nome o questa espressione, che paresse acconcia, s'insaccava come contenuto di questa espressione tutto il parto della fantasia concepito *a priori*. Ed è veramente maraviglioso come, ad onta che in tutte le nostre fonti non ci à nessun nome che indichi i contratti innominati, pure questo fatto non è valso a generare se non altro de' dubbi intorno alla esistenza della nozione di essi. Voglio che possa bene intervenire di trovare un concetto già avuto innanzi, e non di meno di non trovare la parola che l'esprima; ma sarà per lo meno inverisimile che una scienza positiva lasci una nozione tanto importante, quanto sarebbe questa, senza una espressione che l'indichi. Ma procediamo oltre. I contratti innominati (e lo dicono i partigiani della teorica) sarebbero *nuda pacta*, il che vuol dire che non sarebbero punto contratti, se non si fosse concessa, per proteggerli, un *actio praescriptis verbis*. Non per tanto questi medesimi giuristi opinano, giusta pa-

recchi passi chiarissimi, che l' *actio praescriptis verbis* à luogo anche quando non è il caso di contratti innominati (1). Così per il *precarium*, che in fondo è anzi *donatio* che *obligatio* (2). In oltre se il padre à donato una eredità alla figliuola, costei può essere compulsata con *l' actio praescriptis verbis* a pagare i debiti ereditari (3); nè fin ora nessuno à detto che la *donatio sub modo* fosse un contratto innominato. Così parimenti troviamo l' azione *praescriptis verbis* come ausiliaria dell' *actio familiae erciscundae* (4) e della *communi dividundo* (5), le quali due azioni non sono mica contrattuali; nè si è preteso da chicchesia che quell'*actio praescriptis verbis*, la quale à luogo anche quando non è il caso di contratti innominati, fosse altra cosa di quella che à luogo quando n' è il caso. Ma quì noi siamo arrestati da un inevitabile dilemma. Chè se l' *actio praescriptis verbis* non coincide unicamente e solamente con la nozione de' contratti innominati, come sarebbe l' *actio emti* con la nozione della *emtio*, ma trabocca fuori i casi de' contratti innominati, sarà chiarissimo che quell' azione à una periferia più ampia di quella di cotesti contratti. Ora ciò ammesso consegue con pari necessità che questi contratti, non istando all' *actio praescriptis verbis* come ogni contratto all' azione sua esclusiva, o debbono distendersi al concetto più generale, che comprende gli obbietti dell' *actio praescriptis verbis*, o,

(1) de Retes op. cit.

(2) L. 14 *de precario* (*43 26.*). Thibaut sist. §. 893 conseguentemente ne fa un contratto innominato.

(3 L. 28. *de dom* (39. 5.).

(4) L. 18. §. 2. h. t.

(5) L. 23. com. *divid.* (10. 3.).

astrazion fatta da questa, debbono avere di per sè una sfera indipendente di nozione propria. E poichè di sopra abbiam veduto che i contratti innominati sono tali solamente mercè l'*actio praescriptis verbis*, e quì per contrario dobbiam convenire che debbono avere una sfera di nozione propria; la contraddizione in cui cade la opinione fin oggi portata è mostrata a rigor di logica. Ora abbiam veduto che questa teorica naufraga in un dilemma insolubile ed inevitabile: ma procediamo oltre in questa scorsa critica. Di sopra è stato dimostrato che il sistema di Gajo e di Giustiniano non è stato seguito in tutto e per tutto dagli altri giureconsulti romani; però le Istituzioni essere l'unica fonte di questo sistema. Quindi è chiaro che se una parte tanto importante dei contratti, quale è quella degl'innominati, ove essi fossero stati noti ai Romani avrebbe dovuto certamente prender posto in riga con le altre parti rimanenti. Ma checchè ne dicano i partigiani della teorica, con loro grande meraviglia si debbono rassegnare a vedere questi loro contratti affatto trasandati dalle stesse Istituzioni; e per maggior cordoglio debbono vedere che ivi si parla dell'*actio praescriptis verbis* solamente in proposito della compra e della locazione: il che per noi è cosa naturalissima, se ricordiamo che le istituzioni non fanno parola delle *actiones in factum*. Ora, come ognun penserebbe, questo fatto avrebbe dovuto prevenir contro la teorica; avrebbe dovuto sospingere i giuristi a più accurate ricerche. Ebbene sventuratamente non fu così: si è fatto appunto il contrario; si è cercato di cansare il mal passo chiudendo gli occhi e saltandolo a piè pari: e siccome la coscienza lor diceva quanto questa teorica rimanesse difficile a persuadere, ce ne sono stati di molti, i quali non

àn dubitato di dire con l'Hahnio (1) che Giustiniano à taciuto su questo argomento per evitare ai discenti una teorica soverchiamente difficile. E così si è creduto in sul serio di spiegare perchè fin le Istituzioni tacessero di questa teorica, che non di meno dovesse essere ammessa. Ma beviam grosso : passiamo oltre credendo alla serietà ed alla verità di questa spiegazione; anzi aggiugniamo che Giustiniano abbia avuto le sue buoni ragioni per tacere su questo proposito, e che neppur queste ragioni ci abbia voluto dire ; anzi ammettiamo pure che Giustiniano se gli abbia dimenticati in quel momento i contratti innominati : riempiamo noi il vuoto ch' ei vuol lasciare nelle Istituzioni. Ma proprio quì comincia la difficoltà capitale. I contratti innominati non possono essere nè verbali, nè letterali, nè consensuali; però, non rimanendoci che i reali, bisogna assolutamente collocarli fra questi. Sta bene: ma nel porci all' opra incontriamo un grave scoglio. Buona parte de' contratti innominati cominciano con un fatto non con la *datio* di una cosa : però ci toccherà di dover creare de' contratti reali, che non comincino con la *res*; e ciò veramente sembra che faccia troppo a calci col concetto che i Romani s' eran formato su questo proposito. Ma ci à di più: le *actiones praescriptis verbis*, le quali, sia comunque, nascono da' contratti innominati, sono state dette *actiones similes actionibus emti, locati, mandati*; ed ecco che riusciamo a tali contratti reali, che per avventura sono que' medesimi che si addimandano contratti consensuali.

Mentre tutti gli altri contratti son provveduti di un

(1) Hahnii *Dissert. de contr. innom.*

nome, questi di cui parliamo son digiuni affatto di tal beneficio. Non ci à altro verso per iscernerli se non che raccorli in quattro forme generali: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Se chiediamo quali sieno le fonti di queste forme, che si pretendono speciali e proprie de' contratti innominati, ci si risponde: vedi l. 5. *de praescr. verb.* (19. 5.) e l. 7. §. 2. *de pactis* (2. 14). Il primo di questi due testi è di gran lunga il più importante. E che dice questo testo? forse che queste quattro forme sieno le forme de' contratti innominati? Punto del mondo: anzi questo testo parla di un *do ut des*, che è anche una *emtio*; di un *do ut facias*, che è insieme una *locatio*; di un *facio ut facias*, che è parimenti un *mandatum*; e vi si parla ancora di quelle forme che non sono comprese in questi concetti e per le quali vien concesso, giusto perchè non vi appartengono, un' *actio praescriptis verbis*. E di vero non ci può essere pure il menomo dubbio intorno al significato di queste forme. Ogni negozio o fatto consiste, come spesso abbiam ripetuto, o *in dando* o *in faciendo*. Però un negozio bilaterale può consistere in tanti modi solamente quanti ci à diverse combinazioni possibili di dare e di fare fra le due parti. Ma ciò essendo è evidente che le quattro forme ascritte ai contratti innominati sono le possibili forme di qualunque negozio bilaterale in genere. Il giureconsulto Paolo nel passo citato volle mostrare generalmente in quai casi l' *actio praescriptis verbis* possa sostituire le altre azioni contrattuali. Però egli segnò (ed era ciò naturalissimo) le possibili forme di qualunque bilateralità in genere, ed ebbe cura d' indicare quando questa forma concordi ancora con un *bonae fidei negotium*. La più lucente dimostrazione di ciò è ap-

punto ch' egli per la forma del *facio ut des*, non veggendo corrispondervi nessun contratto nominato già riconosciuto, non concede l'*actio praescriptis verbis*. Il perchè il *facio ut des* non potrebbe neanche pe' partigiani della teorica essere un contratto innominato. Laonde a costoro, che opinano abbia Paolo voluto noverare nel passo citato le forme de' contratti innominati, rimane come cosa stranissima ch' egli ponga fra queste forme anche il *facio ut des*, il quale non è modula di contratto innominato. Questo, che pe' fautori della teorica è una stranezza inesplicabile, secondo il concetto nostro è la cosa più naturale. Paolo in questo passo à voluto presentare il quadro di tutte le possibili combinazioni di bilateralità, facendo avvertire insieme quali contratti già noti coincidessero con questi schemi universali. Però è chiarissimo che, a rendere compiuto il quadro delle combinazioni, egli non omette neanche quel caso, il quale, quantunque non comprenda niun contratto già noto, pure è fra i possibili. Ora considerata la cosa a questo modo, la opinione che fossero due soli i contratti innominati, sostenuta ultimamente dal Reichhelm (1), perde ogni importanza.

Ma questi pretesi contratti innominati alle tante loro stranezze ne aggiungono un' altra e fortissima. In niun altro negozio accade che l'uno de' contraenti possa recedere arbitrariamente e per solo suo fatto dal contratto: in altri termini: ne' contratti non ci à pentimento, e se mai avvenga rimane affatto sterile di effetti. Ne' contratti innominati, per contrario,

(1) « Saggio di dimostrazione che i Romani non conobbero che due sole maniere di contratti innominati: *do ut des*, e *do ut facias* ».

incontra questa stranezza, che colui, il quale à dato o prestato ciò che doveva dal canto suo, à la facoltà di eleggere fra questi due partiti: o compulsare l'altro suo contraente perchè adempia a sua volta, o rendere il contratto come non avvenuto, ridomandando ciò che dal canto suo avesse già dato. Ed ecco il celebre *jus poenitendi*, che corona splendidamente le tante anomalie de' contratti innominati. Di questo *jus* noi saremo in grado di parlare ex professo nel paragrafo che segue: ora ci starem paghi ad opporgli innanzi tratto alcune osservazioncelle critiche. E primamente questo *jus poenitendi*, bandito come nota propria de' contratti innominati, non occorre in tutte le loro specie: nei contratti *facio ut des* e *facio ut facias* gli è del tutto impossibile. Ma ciò forma già bastevole dimostrazione che il voluto *jus poenitendi* non sia una nota ed un carattere essenziale de' contratti innominati come tali; e che in vece accade per accidente in taluni di siffatti contratti; ed è però un alcun che posto al di fuori di essi. Ei ci à dunque de' contratti innominati, ove quel tanto che dir si poteva esserci di *reale*, che sarebbe stato la restituzione della *res*, non à luogo neanche; laonde questa specie di contratti innominati non avrebbe niun punto che toccasse ad una *res*. Da un altro canto il *jus poenitendi* presenta una simigliante contraddizione. Ogni *causa data causa non secuta* presuppone che un *factum* o una *datio*, tacitamente o espressamente consentita, non abbia avuto luogo. Però l'*ut des*, l'*ut facias* sono forme che generano la *condictio causa d. c. n. s.* in generale. Quindi conseguirebbe necessariamente che la *condictio causa d. c. n. s.* dovesse essere un' azione propria contrattuale, anzi un'azione propria de' con-

trat,i innominati : e poichè questa *condictio* rappresenta in fondo la ripentenza, ci nascerà necessariamente fra mani quest' altro corollario, che in fondo tutta la *condictio causa d. c. n. s.* riposa sulla stranezza di un *jus poenitendi.*

E quì si arresti la critica : la famigerata teorica à già mostrato in poco d' ora tal laberinto di svarioni e di contraddizioni, che a dichiararla falsa non ci occorrerebbe altra maggior fatica. Cerchiamo per contrario di ricomporre i rotti materiali, formandone coi mezzi che sono in noi un novello edifizio.

Di sopra abbiamo già parlato della natura dell'*actio praescriptis verbis* in generale. Mostrammo che quando occorreva un negozio cosiffatto, che per la mancanza di qualche circostanza non corrispondeva perfettamente alla nozione di uno de'riconosciuti *bonae fidei negotia,* si concedeva, in cambio dell'*actio bonae fidei,* un'*actio praescriptis verbis.* Dicemmo parimenti che non rilevava nè punto nè poco che questo *bonae fidei negotium* fosse o non fosse un contratto ; che anzi l' azione ausiliaria *praescriptis verbis* poteva accompagnare anche l'*actio communi dividundo* e la *familiae erciscundae* (1).

Adunque l' *actio praescriptis verbis,* secondo le sue di-

(1) Le *actiones praescriptis verbis* sono *actiones utiles* de' soli *bonae fidei negotia* e non de' giudizi di stretto dritto. Non si potrebbe per nulla concedere un' *actio praescriptis verbis* quando mancasse alcuna delle condizioni necessarie ad una stipulazione o ad un mutuo. Ciò consegue non pure dalla natura istessa della cosa, ma ancora dalla chiarissima espressione della l. 24. *de praescript. verb.* (19. 5.), ove è detto, per determinare i casi in cui la si possa accordare, che ci è mestieri non tanto di una *foenerata pecunia*, quanto di un *quasi mandatum.*

verse facce è *actio utilis*, perchè imitata da un principio giuridico già riconosciuto: *actio in factum*, perchè essa è consigliata dal caso speciale che occorre e non è generata da una nozione, che abbia una sfera più ampia del caso occorso: *actio incerti*, perchè con essa si può domandare solamente un *incertum*: *actio civilis*, perchè è suo carattere proprio il non venire dalla giurisdizione pretoria, come le altre *actiones in factum*: finalmente è *actio praescriptis verbis*, perchè in questa non bastavano le espressioni tecniche del rito, ma il negozio bilaterale, per cui aveva luogo, doveva essere espresso precisamente ed indicato con parole tali che l' avessero potuto compiutamente descrivere. Ma quì cade in concio una breve considerazione storica intorno a quest' azione.

Il conoscere l'età che conta ciascun'azione è cosa importantissima e per la nozione di quella speciale azione e per la intelligenza di tutto il diritto. Pure il determinare con certezza l'epoca della loro origine è cosa assai malagevole per le azioni tutte in genere, ed in ispezie per la *praescriptis verbis*. Una critica accurata ci può fare al possibile approssimare alla certezza dell' epoca in che nacque, la quale non è fra le più recenti. Certamente l' *actio praescriptis verbis* deve essere più giovane dell' *interdictum de precario*. Ciò si deduce da questo, che molti passi dicono essere stato necessario l'interdetto *de precario*, perchè non ci era in pronto niuna azione civile pel caso del precario.

Paulus lib. 13. ad Sabinum.

L. 14. de precario. (43. 26.)

Interdictum de precariis merito introductum est, *quia nulla eo nomine juris civilis actio esset:* magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condictio.

Ulpianus lib. 29. ad Sabinum.

L. 12. §. 1. de furtis (47. 2.).

Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, *ideoque et interdictum necessarium visum est.*

D'altra banda si dice che il precario sia un negozio simile al comodato (1), e però, come sempre in tai casi, si concede anche in questo un' *actio praescriptis verbis.*

Pauli recept. sententiae l. 5. t. 6. §. 10.

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis, quod precario habet restituat, *namque et civilis actio hujus rei sicut commodati* competit eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet (2).

Da questi due frammenti contrapposti si cava che al tempo in che fu introdotto l'interdetto *de precario* non eran venute ancora in uso le azioni ausiliarie pe' casi, che non concorressero tutte le condizioni necessarie ad una determinata azione di buona fede; e che dipoi, quando per questi casi venne in uso anche l'*actio praescriptis verbis*, dovette naturalmente rimanere anche

(1) *L. 1. §. 2. de precario (43. 26.). Et est simile commodato, nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.*

(2) *L. 2. §. 2., l. 19. §. 2. de precario (43. 26.).*

l'antica azione. Ciò si deduce chiaramente anche dalle parole di Paolo: *merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset.* Dappoichè queste parole alludono naturalmente all'antica ragion movente, la quale, quando esse si scrivevano, non aveva più luogo. Non di meno questa nostra deduzione, la quale in sè stessa è esattissima, non basta a guidarci alla nostra meta. Chè, non sapendo noi a quale epoca rimonti l'interdetto *de precario*, nè quanto tempo di poi si concesse per questo l'*actio praescriptis verbis*, la deduzione testè fatta non ci può indicare nulla di preciso intorno al tempo in cui quest'azione ebbe origine.

Ma se d'altra banda è certo che al tempo di Giuliano l'*actio praescriptis verbis* già concorreva con l'interdetto *de precario* (1), si può del pari certamente mostrare che il primo nascere di queste azioni non rimonti più in là del tempo di Labeone; che anzi io reputo non si abbia altrove a cercarne la origine che in questo giureconsulto. Non pure al tempo di Labeone ma anche a quello degli scolari suoi, la *permutatio* non era ancora riconosciuta universalmente di per sè: per formarne un concetto giuridico si voleva ricondurla nella nozione della *emtio venditio* (2). Ora quantunque a noi sembri che ciò già contenga la conferma della opinion nostra, pure ci à degli altri casi simili, i quali la potranno render anche più verisimile. Da ciò che scrive Pomponio è già noto che Labeone, quantunque in fatto

(1) *L. 19. §. 2. de precario (43. 26.).*

(2) *L. 1. de contr. emt. (18. 1.). §. 2. J. de emt. et vend. (3. 24.).*

di politica si attenesse a ciò che avevan pensato i suoi maggiori più strettamente che non faceva il suo avversario Capitone, pure nelle cose giuridiche era più largo di costui. È noto parimenti che la molta scienza di Labeone dette origine a parecchie innovazioni, ch' ei venne facendo sull'antico diritto, laddove Capitone, per contrario, si mostrava pedissequo dell' antico (1). Al tempo di Augusto si dovette soventi volte far quistione se i negozi di buona fede, già da molto in uso, fossero o pur no da estendere al di là de' limiti della lor nozione. E questa quistione, che certamente risguardar doveva tutti i negozi di buona fede, dovette farsi anche più sovente per la compra vendita, essendo questo un negozio che occorre alla giornata. Capitone ed i suoi seguaci si attengono all' antico, e fanno capo alle azioni già riconosciute. Però ne' casi, che alquanto si scostavano da quelli già noti, si sforzavano, anzi che a ricercare una via novella, ad estendere la nozione già riconosciuta, e conseguentemente ad applicare l'azione che già ci era. Così fecero per la permutatio. Per contrario Labeone ed i suoi si discostarono da questo modo di estendere le azioni già esistenti a' casi novelli, e preferirono *ad analogiam* di queste concedere delle proprie *actiones in factum civiles*. Queste azioni, sulla cui origine non si muove dubbio dai giuristi, sono però il prodotto di Labeone e de' suoi più prossimi discepoli.

Ei si può dimostrare, recando molti passi in conforto, che tutta la controversia, se fossero da estendere le azioni di buona fede al di là della lor nozione, o se si dovesse concedere un' *actio praescriptis verbis*, sia

(1) *L. 2. §. 4. de orig. jur. (1. 2.)*.

stata agitata proprio nel tempo di Labeone e da lui decisa. Così Ulpiano dice nella l. 26. *praescr. verb.* (19. 5.) *APUD LABEONEM QUAERITUR*, *si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris, et viceris, deinde emere nolueris*, *AN SIT ADVERSUS TE EX VENDITO ACTIO?* Ed aggiunge come decisione: *et puto verius esse praescriptis verbis agendum.* Così Ulpiano medesimo dice di Labeone in proposito di un negozio che non entrava perfettamente nella nozione della compra-vendita: *l. 19. eod. Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem, ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam*, *TUTIUS EST*, *ITA AGERE UT LABEO AIT praescriptis verbis; quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.* Così Papiniano cita Labeone nella *l. 1. eod.*, dicendo che questo giureconsulto abbia pensato doversi accorrere con un' *actio in factum civilis* in que' casi che non si potevano comprendere perfettamente nella nozione di un negozio di buona fede. *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, CIVILEM ACTIONEM IN FACTUM ESSE DANDAM LABEO SCRIBIT.* E finalmente nello stesso titolo ci sono molti passi ove Labeone non à neppur deciso intorno all' azione che competa in simiglianti casi (1).

Ma se noi seguitiamo ancor oltre le ricerche storiche intorno all' origine ed alla formazione dell' *actio praescriptis verbis* ci si mostrerà evidente che, anche molto

(1) *L. 17. §. 1., l. 20. §. 2. de praescr. verb.* (*19, 5.*).

dopo di Labeone, quest'azione non era ammessa universalmente da tutti i giureconsulti; che anzi era assai ben grande il numero di quelli, che preferivano di estendere le azioni di buona fede al di là della lor nozione. Segnatamente i Sabiniani erano contrarissimi a quest'azione. Di ciò si possono recare molte pruove. Nella l. 17. §. 5. h. t. Ulpiano rigetta nel seguente modo la opinione di Sabino. *Si quis sponsionis causa anulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit.* NEC ENIM RECIPIENDA EST SABINI OPINIO, *qui condici et furti agi ex hac causa putat.* Nè sarebbe a dire che Sabino avesse opinato potesse la *condictio furtiva* e l'*actio furti* concorrere in questa specie con l'*actio praescriptis verbis*; perciocchè Ulpiano quì non pone quel suo familiarissimo ETIAM: se Sabino avesse opinato che la *condictio furtiva* e l' *actio furti* avessero potuto concorrere con la *praescriptis verbis*, Ulpiano avrebbe detto: *qui* ETIAM *condici et furti agi ex hac causa putat.* Ma Sabino per contrario, stimò che non si avesse a concedere l' *actio praescriptis verbis*, e credeva di ravvisare un fondamento di *condictio furtiva* ove per verità non ce n' era affatto.

Nè questo modo di considerare la cosa finì con Sabino: anche molto dopo di lui ci sono stati degl' illustri giureconsulti, i quali inchinavano anzi ad estendere le azioni di buona fede oltre la lor nozione che a concedere un' azione *praescriptis verbis.* Così Ulpiano l. 17. pr. h. t. ci dice di Viviano, giureconsulto vissuto sotto Adriano (1). *Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim?* ET VIVIANUS AIT POSSE. Ma Ulpiano ci aggiugne: *sed est totius praescriptis verbis*

(1) *Alb. Gentilis Lect. et Epist. lib. 3. cap. 4.*

agere. Similmente Ulpiano l. 20. §. 1. h. t. ci riferisce ciò che segue di un Mela, giureconsulto vivuto probabilmente anche sotto Adriano. *Item apud Melam quaeritur: Si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent, emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? et ait Mela interesse, utrum emptio jam erat contracta, an futura; ut si facta, pretium petatur; si futura, merces petatur.* Ed Ulpiano segue con questa importante osservazione: *SED NON EXPRIMIT DE ACTIONIBUS. Puto autem si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, SI VERO NONDUM PERFECTA ESSET ACTIONEM TALEM, QUALEM ADVERSUS DESULTOREM DARI.* E questa era un' azione *praescriptis verbis* (1).

Il tempo che intercede da Augusto ad Adriano sembra sia stato quello, in cui a poco a poco si sia venuta formando l' *actio praescriptis verbis.* Fra' giureconsulti di questo periodo, i quali più favorirono quest'azione, e che però vogliono essere nominati nella storia di essa, va noverato Tito Aristo, vissuto sotto Trajano. Plinio il giovane (2) fa altissime lodi di questo giureconsulto, del

(1) Anche Giuliano pare non avesse concesso un' *actio praescriptis verbis* in tutti que' casi in cui di poi fu solito di concederla. Ciò è chiarissimo dalla legge 7. §. 2. *de pact.* (2. 14.), ove Marciano lo biasima, perchè dette un' *actio in factum praetoria* nel caso di una determinata evizione, quando, per la somiglianza del caso con la locazione, avrebbe dovuto dare un' *actio civilis in factum.* Paolo nella l. 5. §. 2. D. (19. 5.) racconta diversamente lo stesso caso, e sembra che la modificazione sia stata fatta pigliando norma da quel giusto biasimo di Marciano.

(2) Plinii ep. I. 22. VIII. 14.

quale non ci rimane nessun frammento nelle Pandette. Solamente s' incontra spesso il suo nome citato dagli altri giureconsulti romani con molta riverenza e come autorità ponderosa. Aristo, come si scorge da molti passi, sembra aver fatto delle ricerche proprie intorno ai limiti della *donatio* e della *obligatio*; e che però abbia dovuto venire a parlare dei casi dell' *actio praescriptis verbis*, i quali casi ei sottopone a rigoroso esame, massimamente quando sembrano di coincidere con una *donatio* (1). Appresso ritorneremo su questo argomento. I giureconsulti romani si riferiscono spesso ad Aristo nei casi, in cui bisogna decidere se si abbia a concedere o pur no un' *actio incerti civilis*. Laonde sembra che, seguendo le sue orme, si sia preso a concedere generalmente l' *actio praescriptis verbis*, comechè l' intitolare a questo modo quest' azione non fosse stato generalmente usato se non dopo Pomponio. I giureconsulti che precedono, come Proculo (2), Nerazio (3) ed anche Giuliano, dicono più spesso *actio in factum* o tutto al più *actio in factum civilis*, e *civili intentione incerti agendum est*. La giunta: *id est praescriptis verbis*, apposta a queste espressioni, si scorge chiarissimamente essere stata spesso fatta sia da' giureconsulti posteriori, che

(1) Non solo Ulpiano si riferisce a lui, l. 7. §. 2. *de pact.s* (2. 14.), e l. 14. §. 3. *de praescr. verb.* (19. 5.), ma anche Pomponio l. 16. *eod.* (*nullam juris civilem actionem esse*, *Aristo ait*). Che poi Aristo abbia fatto delle importanti ricerche intorno ai confini della *obligatio* si vede chiaramente dalla l. 18. *de don.* (38. 5.), ove egli solo è citato come autorità.

(2) L. 12. *de praescr. verb.* (19. 5.).

(3) L. 6. h. t.

parlano riportando i responsi de' loro maggiori, sia dai compilatori, che rividero i passi.

Nel periodo di Gajo, Papiniano, Ulpiano e Paolo l'*actio praescriptis verbis* è già diventata spiccatamente azione ausiliaria di tutte le azioni di buona fede senza eccezione. E quando i giureconsulti romani trovavano un caso, che non calzava bene nella nozione de' giudizi di buona fede, solevano aggiungere: *sed totius erit praescriptis verbis dari actionem* (1), ovvero: *sed puto verius esse praescriptis verbis agendum* (2): e quando lor resta dubbio potesse bastare l' *actio bonae fidei* dicono: *aut certe actionem incerti civilem reddendam.*

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

L. 23. i. f. comm. div. (10. 3.).

> Et puto magis *communi dividundo judicium*, quam ex conducto locum habere. Quae enim locatio est cum merces non intercesserit? *aut certe actionem incerti civilem reddendam.*

Ma per tali nostre storiche considerazioni eccoci giunti al punto, in cui, contrapposto a quello degli avversari il sistema da noi stabilito, dovrà questo mostrare quanto e come torni giovevole. Noi prendemmo le mosse dalla nozione dell' azione, sendo questa nozione quella che sola può indicare i caratteri e le condizioni necessarie della *obligatio*. Conseguenti a tale principio partimmo i negozi di buona fede non più per contratti e non contratti, ma per ciò che le loro azioni avevano di proprio e caratteristico. Quì giunti la nostra partizione si addimostra di per sè stessa vera e ben

(1) L. 5. §. 4. *in f. de praescr. verb.* (19. 5.).
(2) L. 19., l. 20. h. t.

fondata: l' *actio praescriptis verbis* risulta come azione ausiliaria di tutte le azioni di buona fede senza eccezione, nè ci è bisogno di distinguere, come fanno i partigiani dell'antico sistema. Noi non abbiamo bisogno di separare l' *actio praescriptis verbis* quando è *actio utilis* di un' azione contrattuale, poichè nè le *actiones bonae fidei ex contractu*, nè d' altra banda l' *actio in factum civilis*, che si può concedere invece dell' *actio communi dividundo, familiae erciscundae, negotiorum gestorum*, àn bisogno di essere ridotte, come è per gli avversari, ad una pura *actio praescriptis verbis*; posciachè essa opera come l' *actio incerti civilis ex contractu*. Que' giuristi, che distinguono le obbligazioni per contratti e non contratti, sono sforzati di ripetere questa partizione anche per le *actiones praescriptis verbis*; e così riescono necessariamente alla mostruosa costruzione de' contratti innominati, non conosciuta nè però riconosciuta punto dal diritto romano. E riusciti che sono a questa teorica fallace, non possono neanche trovar pace, se lor capiti fra mani l'*actio praescriptis verbis* che non sorga da contratto: essi non possono altrimenti cansare questa ultima molestia se non istornandone il guardo e passando oltre; ed appunto questo è ciò che fanno.

Quando una obbligazione nasce dalla volontà concorde di più persone si à il contratto. Però qualche volta l' *actio praescriptis verbis* è certamente un' azione contrattuale, e però ci à de' contratti innominati; chè il nome, sia qualunque, non muta la cosa. Ma ora noi vogliam sapere se i Romani li noveravano fra' contratti, non già se ve li noveriamo noi. Ed a questa quistione la risposta è negativa. Perchè mai non si rassegnano fra'

contratti anche il *receptum*, la *constituta pecunia*, la *obligatio dotis* e finalmente i molti casi ove occorre un' *actio in factum praetoria ex contractu?* Se ciò si facesse, non si avrebbe men torto di quello che buscano pe' contratti innominati. Ma questi, si risponde, sono dinotati col nome di *pacta praetoria* o *legitima* e collocati in proprie rubriche, perchè non istanno nel romano sistema delle Istituzioni. Ma i contratti innominati ci stanno forse nel sistema delle Istituzioni? Signor no. Almeno ne facessero menzione, sia pure semplicemente come di contratti, i romani giureconsulti? Signor no. Ma ciò non di meno si pretende che questi sieno veraci e genuini contratti reali, e sulla lor legittimità non dubita un momento di assicurare gli studiosi qualunque compendio ci capiti fra mani.

Quì forse si crederà di potere opporre, con buon successo, a ciò che dico proprio quella l. 7. §. 2. *de pactis* (2. 14.), quel famigerato frammento che sostiene la causa de' contratti innominati: vi si pretende di leggere la dimostrazione lampantissima che i Romani li avessero conosciuti e riconosciuti. Ebbene che dice questo passo? Ulpiano dopo di aver detto nel §. 1. che tutti i contratti *juris gentium* abbiano un nome lor proprio, e volendo passare ai *nuda pacta,* aggiugne:

> Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa; eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συναλλαγμα, id est contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto, recte Julianum a Marciano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti, evictus est Stichus. Julianus

scribit in factum actionem a Praetore dandam, ille ait *civilem incerti actionem id est praescriptis verbis sufficere*: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

Ecco il passo in cui si è creduto di ravvisare lucentissimamente che la teorica de' contratti innominati fosse parte integrante del sistema romano. E ciò si è creduto sì ciecamente, che mai, ch' io sappia, non se n'è fatto il menomo dubbio. Tutti i contratti, si dice (e si pretende di scorgerlo in questo passo) ànno due parti costituenti: *nomen* e *causa*. La *causa* vogliono che sia il reale *dare* o *facere* dell'una parte, dopo del quale *dare* o *facere* si rende obbligatoria la prestazione dell' altra parte. Ora, continuano, quantunque manchi il *nomen*, basta ci sia la *causa*, perchè il patto cessi di essere un *nudum pactum* ed acquisti il pieno suo vigore come contratto innominato. Tutto va ottimamente; se non che bisogna ancora dimostrare che il vocabolo *causa* abbia il senso, che quì gli si attribuisce. E veramente il vocabolo *causa* non solo non si riferisce punto alla prestazione fatta dall' una parte, come si pretende, ma à un significato diametralmente opposto; perciocchè si riferisce a ciò che si deve prestare dall'altra parte. Ei si dice *do ob causam*, *condictio* CAUSA NON SECUTA, ma i Romani non àn mai pensato ad una *causa contractus*, riposta in ciò che accade unilateralmente per fatto dell' una delle parti. Ora vediamo il senso delle parole: *sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem*. Ei non è difficile: eccolo. Pognamo che il caso occorso non si rassegni nella nozione di uno dei

contratti di sopra mentovati (*sed si in alium contractum res non transeat*), il che vuol dire se è stata data qualche cosa IN VISTA DI UNA FUTURA PRESTAZIONE (e quì bisogna inflettere la voce nel pronunziare l'intera proposizione); in altri termini, se è evidente un negozio bilaterale; allora, dice Aristo Celso, si possa con buona ragione affermare che ci abbia una obbligazione (1). E questa bilateralità è una condizione necessaria della obbligazione civile; perciocchè, se quella non fosse, il negozio non sarebbe simile a quelli di buona fede. Di ciò parlando continua Ulpiano: *ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc* συνάλλαγμα *id est contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem*. Ma noi già sappiamo da un passo spesso citato d'innanzi l. 19. *de verb. sign.* (50. 16.). che συνάλλαγμα significa *obligatio ultro citroque*, cioè bilaterale. Ed ecco la più stringente dimostrazione di quello abbiamo affermato; perciocchè quì si rannoda essenzialmente l'azione *praescriptis verbis* al συνάλλαγμα, cioè al negozio bilaterale simile al *bonae fidei negotium*; ed in questo senso il patto è valido. Ora possiamo recare molti passi ancora per dimostrare che l'azione *praescriptis verbis* non è prodotta dalla prestazione fatta dall'una parte, ma bene che vien prodotta dalla convenzione bilaterale, per cui l'altra parte è tenuta a sua volta a prestare. Così Pomponio nella l. 8. *de praescr. verb.* fa dipendere tutto dalla *lex contractus* o dalla *certa lex*. Ei dice: *si tamen* LEX

(1) Come si è detto di sopra Aristo aveva fatto degli studi speciali intorno ai confini della *obligatio*, ed alla differenza che passa tra questa e la *donatio*. Ora nella specie il caso è tale che Aristo afferma ci sia una *obligatio* appunto perchè la *datio* era fatta *ob causam*.

CONTRACTUS NON LATERET, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens CERTA LEGE dari probaretur. Così Ulpiano dice nella l. 15. *eod. QUOD SI SOLUTUM QUIDEM NIHIL SIT, SED PACTIO INTERCESSIT OB INDICIUM, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem oriri, sed habet in se NEGOTIUM ALIQUOD: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis.* Adunque ciò che quì forma la condizione necessaria della validità del patto; ciò che forma il *negotium*, non è punto il fatto della dazione o della prestazione dell'una delle parti, ma sì la convenzione di prestazione o di dazione bilaterale, il συνάλλαγμα, che è quello appunto che produce la somiglianza con un negozio di buona fede, e che, per conseguenza di questa somiglianza, produce l'*actio praescriptis verbis*, come chiaramente si scorge dalla l. 5. *de praescr. verb.* D'altra banda, quando si parla *ex professo* di un cosiddetto contratto innominato, si suole far menzione della precedente prestazione già avvenuta dall'una delle parti. Però sarà bene di fermarci un tratto a dichiarare questo punto. Come si è veduto nella rapida storia da noi fatta dell'azione *praescriptis verbis*, essa veniva concessa in tutti quei casi, in che la specie occorsa non calzava perfettamente alla nozione di un negozio di buona fede. Ora ciò può accadere anche quando si avesse che la base dell'azione non fosse che un semplice patto, essendo a ciò sufficiente che il patto offerisse qualche somiglianza co' negozi di buona fede. Se non che ei non è possibile indicar precisamente quale carattere essenziale debba avere

il patto per incontrare questa somiglianza co' negozi di buona fede. Laonde, per fermare una teorica pe' casi in cui possa occorrere l'azione *praescriptis verbis*, è forza di far capo a quei patti che già si vengono determinando. E questi sono precisamente quelli in cui l'una parte à già prestato, perocchè a questo modo il patto è venuto già a realtà per uno de' suoi lati. Cotesti patti, venuti siffattamente ad una mezza realtà, ànno sempre quella simiglianza, che dicemmo, co' negozi di buona fede. Questa è la ragione per cui i Romani dicono *dedi, ut des; dedi, ut facias*; ma si vuol porre ben mente che l'aver dato, l'aver fatto, non costituisce nulla di per sè. E di vero la l. 5. *de praescr. verb.* però non adopra la forma *dedi, ut des* ec. sibbene la forma *DO ut des, DO ut facias, FACIO ut facias*; e rannoda a questi *pacta* ciò che forma la condizione necessaria dell'azione *praescriptis verbis: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*.

Ma la maggior dimostrazione che *causa* non significa la già avvenuta prestazione, e che però l'azione *praescriptis verbis* non si fonda su questa prestazione, sibbene nel συναλλαγμα, nella bilateralità, nella somiglianza con un negozio di buona fede; la maggior dimostrazione di ciò, dicevamo, l'abbiamo dal caso del *facio ut des*. Perciocchè, se l'avvenuta prestazione fosse il punto di leva di questi cosiddetti contratti innominati, non sapremmo perchè Paolo nella l. 5. §. 3. h. t. non concede l'azione *praescriptis verbis*, mentre nel caso del *facio ut facias* l'accorda. Seguendo il nostro concetto la ragione di ciò è semplicissima: egli in quello schema non trova somiglianza di sorta co' negozi di buona fede, e però in vece dell'azione *praescriptis*

verbis deve concedere l' *actio de dolo*. Ora questo tacere di Paolo, per noi tanto giusto ed agevole ad intendere, ai nostri avversari deve essere cagione della più molesta angustia. Perciocchè, non ci à forse quì perfettamente la loro *causa contractus*? non si può forse dire benissimo in questo proposito *et* POSTEAQUAM *feci, cessas dare?* E tuttavia non ci è *actio praescriptis verbis*! E che vorrà dire ciò? O vorrem forse dire che la formola *facio ut des* non valga a stringere il contratto? E che ànno di meglio di questa le altre sorelle *do ut des, do ut facias, facio ut facias?* Gli avversari avranno a concludere che Paolo abbia preso un granchio in questo punto.

Ed ecco che si è forzati a dare il torto a Paolo, quando si vuol per forza presupporre ch' egli abbia parlato generalmente. Ma a vedere quanto poca importanza abbiano in genere queste formole, basta por mente che ci possono ben essere de' casi, cui Paolo non pensò, nei quali anche il *facio ut des* si assomigli a qualche negozio di buona fede: allora la formola partorisce l' azione *praescriptis verbis*. Così Ulpiano nella l. 3. §. 4. *de cond. c. d. c. n. s.* (12. 4.) dice: *Quinimo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem*, ULTRO TIBI COMPETERE ACTIONEM, QUAE EX HOC CONTRACTU *nascitur, id est condictionem* (1). Ora questo caso sarebbe similissimo alla *locatio conductio*, se non se ne distinguesse per il fatto del manomettere, il quale *locari non solet*. Ed ecco Ulpiano a concedere in questo caso l'azione, mentre d' altra banda Paolo, non ravvisando nello schema che risponde al caso quasi niuna

(1) Qui *condictio* è presa in significato generale per *actio*.

somiglianza col negozio di buona fede, leggermente ed in generale la nega. Ma quì cadono in concio alcune avvertenze intorno al concorrere dell'*actio de dolo* con la *praescriptis verbis*, ed al rapporto in cui stanno fra loro.

L'azione *de dolo*, essendo azione ausiliaria, va concessa in que' casi solamente, ove non occorre niun altro rimedio giuridico (1), sia dell'ordine delle azioni civili, sia di quello delle onorarie. E vuolsi notare che, quantunque le azioni onorarie sien per la origine loro tutte azioni in *factum*, pure molte di esse àn preso a poco a poco una sfera propria, e così sono uscite dal novero e dal cerchio delle azioni *in factum*. Le azioni onorarie di questa specie, elevate ad una nozione propria, sono quelle che precorrono l'azione *de dolo*; e si noti che ciò non sarebbe a dire di tutte le altre azioni *in factum*. Dappoichè l'*actio de dolo* istessa non è null'altro che un'*actio in factum* concessa pel caso del dolo; e però non solo non potrebbe concorrere con un'altra azione *in factum*, ma non troverebbe luogo affatto quando questa fosse stata concessa: l'azione *in factum*, venendo concessa in tutti que' casi in cui la equità lo richiede, sarebbe richiesta dalla equità anche nel caso del dolo. Adunque dalla natura istessa della cosa consegue questo teorema, che l'*actio de dolo* è un'azione sussidiaria, ma che l'*actio in factum praetoria* è ancor più sussidiaria della prima. Ciò sarebbe già abbastanza dimostrato da questo fatto, che quando per rispetto dovuto alla persona del convenuto non si

(1) L. 1. §. 4. *de dolo malo* (4. 3.).

accordava azione *de dolo*, si diceva di concedere l'*actio in factum* (1). Ma il seguente passo sarà una conferma ancor maggiore per la verità della massima che l'*actio in factum* non precede l'*actio de dolo.*

Ulpianus lib. 41. ad Sabinum.

L. 14. pr. de praescr. verbis. (19. 5.).

Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione. Sed *si sine causa* id fecisset, *in factum*, si *dolo*, *de dolo tenetur.*

E ciò del rapporto in cui sta l'azione *de dolo* con l'azione *in factum praetoria:* ora vediamo quello in cui sta con l'azione *in factum civilis.* Quando venne in uso l'azione *praescriptis verbis* già da molto tempo ci era l'azione *de dolo.* Prima che l'*actio incerti civilis* fosse venuta in uso non rimaneva, in molti casi in cui essa sarebbe stata acconcissima, altro partito se non d'istituire, quando vi concorresse il dolo, l'*actio de dolo.* Però dopo che fu introdotta l'azione *praescriptis verbis* si elevò una quistione di preferenza fra le due azioni: per l'*actio de dolo* militava l'essere essa più antica e già stata soventi volte concessa in quei casi medesimi, in cui ora si sarebbe voluto concedere l'azione novella; senzachè, essendo essa un'azione *in factum*, era a quella subordinata. Per l'*actio praescriptis verbis* all'incontro si poteva allegare che fosse un'*actio utilis* de' *bonae fidei negotia*; che però doveva aver luogo in cambio di coteste azioni, e che poi l'azione *de dolo* era un'azione infamante e però concessa mal volentieri. I giureconsulti

(1) L. 11. *de dolo malo* (4. 3.).

romani sembrano di essere stati divisi intorno a questa quistione: e pare che ciascun partito abbia posto in luce gli argomenti più ponderosi in sostegno della opinione propria. Non di meno quasi concordemente inchinano a concedere in caso di dolo anzi l'azione *de dolo* che la *praescriptis verbis.* Ulpiano, seguendo la opinione propria, sembra di aver tenuto per l'*actio praescriptis verbis*, secondo che si scorge dalla citata l. 15. *de praescr. verb.* (19. 5.). Il caso è che taluno abbia trovato lo schiavo fuggitivo, e, consegnatolo, non abbia ricevuto la mercede convenuta: Ulpiano gli concede l'*actio praescriptis verbis.* Ma quantunque questa sia la opinion sua, pure egli mostra molto ossequio per l'altra opinione, ch'era la dominante; e quasi facesse una concessione aggiugne nello stesso passo citato: *nisi si quis in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur* (1). Ma Pomponio (2) ed innanzi tutti Paolo si dichiarano per la opinione di Giuliano, il quale concede l'*actio in factum civilis* in que'casi solamente in cui non ci à punto dolo: in quelli, in cui ci à dolo, l'*actio de dolo*; e però collocano quest'azione rispetto all'*actio in factum civilis* in quello stesso rapporto, in cui sta rispetto all'*actio in factum praetoria.*

(1) In un altro passo dello stesso libro ad Sabinum l. 34. *de dolo malo* (4. 3.) Ulpiano per contrario si dichiara in favore dell' azione *de dolo.* Ei dice: *nulla alia, quam de dolo malo actio locum habebit.*

(2) L. 16. in f. *de praescr. verb.* (19. 5.).

Paulus lib. 5. Quaestionum.

L. 5. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.).

Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi evictus est: si *sciens dedi*, *de dolo in me dandam actionem*, Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem.

E ciò del rapporto in cui sta l'azione *de dolo* con quella *in factum civilem*. Ma prima di passare all'altro paragrafo dobbiamo compiere questo con un'avvertenza importante. Noi di sopra abbiamo rigettato la teorica de' contratti innominati, e d' altra banda abbiamo riconosciuto che Ulpiano nella *l. 7. §. 2. de pactis* parla di contratti da'quali nasce un'azione *praescriptis verbis*. Ora si potrebbe domandare se noi non cadiamo in contraddizione, o se almeno non sia affatto indifferente che questi contratti sieno o no chiamati innominati dai moderni scrittori. Ma questa duplice domanda non ci si potrà più indirizzare quando ben si guardi alla cosa ed a ciò che noi ne abbiam detto. I Romani nel titolo *de pactis* parlano de'contratti validi. Ciò facendo, dopo di aver parlato de' negozi di buona fede, vengono a riconoscere come contratto valido quel patto dal quale nasce l' azione *praescriptis verbis*. Ora questo non forma altro che una proposizione secondaria, quantunque vera; e noi come tale la riconosciamo. Ma questa proposizione di Ulpiano, riconosciuta da noi per vera, non può collocare questi contratti come parte di un sistema affatto diverso, quale è quello delle Istituzioni. Anzi questa diversità di sistemi, e questo raffronto che ne facciamo, ci deve render chiarissimo che il sistema de' giureconsulti romani, fuori Gajo, non si fonda punto sulla par-

tizione in contratti e delitti, ma invece si fonda sulla differenza delle azioni; cosa a cui dimostrare è inteso questo scritto tutto. Ma ciò non basta: questa diversità di sistemi ed il raffronto fattone, ci mostra ancora che il sistema delle Istituzioni, fondato sulla partizione in contratti e delitti, è angusto e non determina niuna nozione: fino i cosiddetti contratti innominati non ci possono trovar posto.

Ma le ricerche fin quì fatte ci àn posto in grado di combattere la favolosa teorica del *jus poenitendi*, con che avremo fornito il compito impostoci in questo lavoro.

§. 10.

Nella rapida esposizione fatta di sopra della tradizionale teorica de' contratti innominati mostrammo come fra le altre sue meraviglie ci era il fatto stranissimo e difficilissimo a spiegare, che anomalamente, e per rovescio di ciò che è in tutti gli altri contratti, poteva l'un contraente recedere dal contratto senza lo consentisse l'altro contraente: il qual consenso dell' altro contraente è indispensabile per isciorre qualsivoglia altro contratto. Questo diritto anomalo ebbe anche un nome tecnico suo proprio: fu intitolato *jus poenitendi*. Molti giuristi si son travagliati lungamente per ispiegare questo diritto stravagante. Questo diritto e gli sforzi infecondi de' suoi comentatori, a considerarli di presso, generanmi un senso assai doloroso. Tanti sforzi sciupati per dichiarare un principio erroneo, senza prima inchiedere se il principio stesse, come stesse, e se poi fosse veramente un'anomalìa ch' ei ci

stesse: tante minute sottigliezze escogitate per iscavare questo diritto nelle viscere del dritto romano: tanta ossequenza, onde questo preteso *jus poenitendi* è trapassato intatto per ben sette secoli da padre in figlio, da maestro in discepolo; ecco i lagrimevoli segni, i quali ne palesano come nella nostra scienza, più che in altra mai, s'infiltri e connaturi e corrompa un indelebile contaggio; il ripetere senza farsene coscienza ciò che altri dissero. Si accetta l'anomalìa e si fa di spiegarla. E molte spiegazioni del *jus poenitendi* gareggiano con esso di stravaganza. Schilter (1) vuole spiegare questo caso strano con un certa *libertas quiritaria*. Langsdorf (2) riconosce per vera la teorica, ed anzi opina che non abbia nulla di strano. Ei dice che il deponente, il mandante, il socio, possono recedere unilateralmente, e ciò pare a lui una ragione per ispiegare il *jus poenitendi* come cosa ovvia. E molti altri (3) pensano che la cosa sia naturalissima. Essi dicono che la prestazione avvenuta dall'un de'lati è quella che forma la condizion necessaria perchè il contratto stia; e però conchiudono (e quì sta il sofisma) che colui, il quale à fatto la prestazione dal suo canto, sia l'unico avente diritto, e che l'altro, cui si è fatta la prestazione, sia semplicemente obbligato. Ora concediamo per un momento che sia così: da ciò che la prestazione fatta rende valido il contratto non segue punto che colui, che à prestato, debba avere un'altro dritto: dalla premessa posta consegue solamente questo, che fatta la prestazione il con-

(1) Schilter Exercit. n. 24.
(2) Hugo Magaz. vol. 1. Quad. 4. n. 18.
(3) Thibaut Pand. §. 165.

tratto è stretto; il che vuol dire che fatta la prestazione il contratto è valido in sè; ed il contratto valido in sè vuol dire che i contraenti vi debbono ubbidire; ed ubbidirvi vuol dire che non se ne possa recedere unilateralmente. Ed ecco che la conseguenza esatta delle premesse è precisamente l'opposto di quello che si pretendeva di dimostrare. Il vizio materiale del raziocinio di tali scrittori sta in questo, ch' essi non àn fatto differenza tra la prestazione, e colui che presta: gli è vero che la prestazione stringe il contratto ed è la sua condizione necessaria, ma non è vero che questa condizione necessaria sia la persona di colui che à prestato: siffattamente questa persona diventerebbe l'arbitro assoluto del contratto (1). Ed in altri termini: poichè ogni patto produce per lo meno una *exceptio*, a colui che vuol ripetere ciò che à prestata dovrebbe ad ogni modo ostare la *exceptio pacti.*

Per rendere più agevole la nostra analisi ci dobbiam fare un po' più da alto. La donazione consiste per sua essenza nel prestare spontaneamente altrui qualche cosa pel costui bene e senza pensiero di esserne retribuito. Però non esiste donazione prima di dare la cosa; cessa affatto dopo che si è dato; e tutta la sua durata giuridica sta nel fatto del dare, *in dando*. Intesa così la essenza della donazione tutti i suoi fenomeni si spiegano agevolmente. Non si può esser tenuto per la evizione, perchè dopo data la cosa è tutto finito senza lasciare orma alcuna; non è possibile che ci sia un'azione per farsi donare, perchè prima del dare non ci è nessun legame o rapporto giuridico. Ei si vede chia-

(1) Nel deposito per contrario è il deponente che forma la condizione necessaria del contratto.

ramente che questo non contraddice al caso della donazione promessa in una stipulazione; perciocchè in questo caso la condizione necessaria alla esistenza dell'azione è la forma della stipulazione, non già la donazione. Giustiniano con tutte le sue disposizioni di legge su questa materia non à mutato di un capello il rigore della proposizione testè stabilita: le sue disposizioni non ànno fatto altro se non che dare per ministero di legge ad ogni promessa di donazione gli effetti dalla stipulazione: ma la donazione come tale non può altrimenti consistere che semplicemente *in dando* (1).

Per contrario l'obbligazione bilaterale consiste essenzialmente in questo, che l'una delle parti nel dare à in pensiero che l'altro suo contraente presti a sua volta qualche cosa. E quì la differenza fra *donatio* ed *obligatio* si offre chiarissima: la *donatio* non à affatto nulla di obbligatorio; la sua essenza è riposta nel dare unilaterale, senza altri rispetti oltre a quel dare: la *obligatio* all'incontro non richiede essenzialmente e per condizion necessaria che si sia prestato, ma sì che si debba prestare da amendue le parti. Ora in questo proposito è avvenuto come dell'accoppiarsi di due specie diverse, onde nasce un parto che tiene insieme dell'una e dell'altre specie: nel diritto romano abbiamo il parto ermafrodito nato dal disposarsi della *obligatio* con la *donatio*. Ecco il caso in cui nasce questo rapporto giuridico

(1) Il responso contenuto nella l. 9. §. 3. *de don.* (39. 5.) esprime brevemente ciò che quì abbiamo esposto. Eccone le parole: *Donari non potest, nisi, quod ejus fit cui donatur.* Così considerato questo passo non è certamente tanto triviale quanto il de Savigny si pensa. Giorn. di Giurispr. stor. vol. 4. quad. 1.

ermafrodito. Taluno dà senza aver per fine che l' altra parte il debba rivalere di ciò che à dato, non di meno pone come condizione del suo dare che l' altra parte debba dal suo canto prestar qualche piccola cosa, ma tale che la levezza di questa prestazione quasi non va presa in considerazione rispetto a ciò che si è dato. Ora questo rapporto giuridico sarà una donazione, se il fatto del dare e non la tenue prestazione dell'altra parte meriti la massima considerazione; sarà per contrario una obbligazione, se si consideri come importante la bilateralità. Adunque secondo, per così dire, che si debba dare maggior peso alla donazione o al modo; la *donatio sub modo* sarà o *donatio* o *obligatio.*

Ulpianus lib. 71. ad Edictum.

L. 18. pr. de don. (39. 5.).

> Aristo ait, cum mixtum sit *negotium cum donatione*, obligationem non contrahi *eo casu*, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.

Ma quì si chiede: quale obbligazione concorre, per così dire, con la donazione, quando il rapporto giuridico si ritiene come formante una *donatio sub modo*; e, quando non si consideri come donazione, quale *obligatio* à luogo? La soluzione del quesito naturalmente è doppia. Se l' importanza massima cade sul fatto dell' aver dato, e si faccia dipendere da ciò tutto il resto, allora l' *obligatio* non potrà cominciare se prima non si sia fatto il caso dell' inadempienza al *modus.* Avvenuta la inadempienza, l' obbligazione avrà il carattere di quella che occorre quando si ritiene qualche cosa senza ragione; però avremo una *obligatio ob causam datorum*, e quindi la *condictio causa data causa*

non secuta. Come ognun vede questa obbligazione non si fonda sul *pactum*; essa comincia nel momento in cui si avvera il fatto del ritenere senza ragione. Per contrario, facendo astrazione dalla *datio* in genere e dalla obbligazione che nasce da quella, la donazione *sub modo* può essere considerata come assolutamente bilaterale. In tal caso, se astraendo dalla donazione si consideri solamente il *pactum*, si può trovare che la *donatio sub modo* contenga un negozio, il quale somigli ad un negozio di buona fede. Allora la donazione modale produrrà l'azione *praescriptis verbis*. E questa azione allora nasce da tal patto che non si può rimenare precisamente alla nozione di un negozio di buona fede, nè si prende punto in considerazione che questo negozio sia insiememente una donazione modale.

Per tal modo ci siam fatti di presso alla nostra ricerca principale. Poni che in una *datio sub modo* il *modus* fosse tanto importante che pareggiasse la *datio*, ed ecco che sparisce affatto il concetto della donazione e rimane un rapporto obbligatorio. Ma, come pocanzi vedemmo avvenire della obbligazione modale, parimenti nella *datio ob causam* concorrono due maniere distinte di obbligazioni. Queste obbligazioni non pure sono distinte per la specie cui appartengono, ma ancora digiunte pel tempo in cui nascono. Se io do *ob causam* e si consideri la dazione e la causa facendo testa insieme massimamente nell'una delle parti, non si avrà patto di sorta, ma invece un fatto unilaterale di colui che dà. In tale rapporto giuridico, poni che non si adempia alla causa, ed ecco che nasce una obbligazione parimente unilaterale per ripetere; avremo la *condictio*, e la faccenda è terminata. Per contrario consideriamo la

dazione *ob causam* come un contratto: allora non sarà più necessario di fermarsi a notare che l' una parte abbia dato, e l' altra non ancora prestato ciò che dal suo canto doveva; in tal caso non si avrà ad inchiedere se non solamente questo: se il negozio somigli ad un negozio di buona fede; e, somigliandoci, avrà luogo l' azione *praescriptis verbis*. Ed ecco che nell' un caso avremo la *condictio*; nell'altro l'*actio praescriptis verbis*, le quali due azioni sono distinte per la specie cui appartengono, e sono digiunte pel tempo in cui nascono, perciocchè la *condictio* non avrà luogo se non quando si sia mancato di adempiere alla causa, e l'*actio praescriptis verbis* compete come prima si è conchiuso il negozio, che somigli ad un negozio di buona fede.

Ora finalmente abbiamo trovato la chiave de' contratti innominati e del *jus poenitendi*. Come avviene nelle altre obbligazioni può adunque avvenir parimenti quì che concorra l' *obligatio incerti civilis* con l' *obligatio ob causam datorum*. Nello schema *do ut des, do ut facias* è contenuta questa concorrenza: è un' *actio bonae fidei* o *arbitraria* che concorre con un' *actio stricti juris*; un' azione nascente dal patto con un' azione nascente dal fatto del ritenere qualche cosa senza ragione. Ora se taluno abbia insieme per un solo negozio l' *actio mandati* e l' *actio depositi*, e però la facoltà di eleggere quale delle due gli convenga meglio d' istituire, non si dirà certamente ch' egli abbia un JUS POENITENDI: si potrebbe dire più acconciamente ch'egli abbia un *jus eligendi*; e questo medesimo è il *jus* di cui ci occupiamo. Già s' intende di per sè che l' una delle due azioni esclude l' altra, perciocchè in tal caso l' interesse sarebbe cessato. Anche colui, che, istituita l' *actio man-*

dati à ottenuto l' interesse, non può per lo stesso negozio istituire l' *actio depositi*. A questo modo è chiarissimo che ciò che ci à di vero nel malamente detto *jus poenitendi* non è punto una anomalìa, la quale non incontri negli altri contratti. Come vedemmo di sopra §. 6 può accadere benissimo che concorra la *condictio* con l'*actio bonae fidei*. Nel caso dall' *arrha*, p. e. quando, perfezionata la compra vendita, non si restituisca l' *arrha*, competerà a colui che la ripete tanto l'*actio ex emto* quanto la *condictio causa data causa non secuta* (1); perciocchè in questo caso ci è una *datio ob causam*. Questo stesso concorso di due azioni à luogo ne' contratti detti innominati. In questi può incontrare che un' *actio incerti civilis*, concessa perchè il caso somiglia ad un negozio di buona fede, concorra con la *obligatio ob causam datorum*. E siccome nel caso dell'*arrha* non restituita si può eleggere fra l'azione *ex emto* e quella *ob dationem*, sì parimenti in questi si può eleggere fra l' azione che scaturisce dal patto e quella che nasce dal ritenere qualche cosa senza ragione. I seguaci della falsa teorica non ànno posto mente che quì una delle due azioni non può essere bene intesa se non considerandola dal lato formale. In cambio di ciò ànno fatto di tuttaddue un fascio solo, e consideratolo dal lato materiale. Così è lor surta fra mani una obbligazione, la quale, tuttochè sia una, pure si sdoppia. Allora ànno dovuto necessariamente riuscire a far riposare l'azione *praescriptis verbis* sulla prestazione avvenuta e non sull' obbligo dell' altra parte di prestare a sua volta. Ciò fatto, quando si sono accorti della *condictio causa*

(1) L. 11. §. 6. *de act. emt.* (19. 1.).

data causa non secuta, che concorreva, non ànno trovato più dove fondarla: le ànno però dato dello stravagante; ed intitolano questa stravaganza *jus poenitendi*.

A me pare che tutto l' andamento della nostra sposizione, e questo presentarsi spontaneo e semplicissimo della soluzione ultima, basterebbero a dimostrare la verità del nostro assunto. Ma ove ciò per avventura non giunga a convincere, aggiugneremo di ben più speciali pruove. Gli avversari, come testè dicemmo, tengono che ne' contratti innominati incontri una obbligazione sdoppiata: noi per contrario abbiam dimostrato che le obbligazioni sono due, distinte e divise. Ora ne' casi di questi contratti, intitolati innominati dai moderni, i Romani non vedevano una obbligazione doppia, ma due obbligazioni distinte e divise. La pruova irrefragabile di ciò si è che di queste due obbligazioni essi fan parola in due luoghi affatto diversi. Nel titolo ove si parla della *condictio causa d. c. n. s.* non si fa menzione pure una volta dell'*actio praescriptis verbis*, quantunque i casi di cui ivi si fa discorso sien tali, che, se fosse giusta la opinione degli avversari, si avrebbe sempre dovuto ricordare quest' azione come il rovescio della medaglia (1). Parimenti Ulpiano nella *l. 7. §. 2. de pact.* parla dell'*actio incerti civilis*, e non si briga punto della *condictio c. d. c. n. s.*; e si noti che ivi è parola proprio del *do ut des* e *do ut facias*. Paolo nella *l. 5. de praescr. verbis* parla della concorrenza delle

(1) Il caso occorre spiccatamente nella *l. ult. de c. c. d. c. n. s.* Non di meno non si aggiunge sillaba della *obligatio incerti civilis*, come se non esistesse punto, e si parla solamente della *obligatio ob rem dati re non secuta.*

due azioni, è vero, ma segna la diversità della *causa* di qneste due azioni con le seguenti importantissime parole: IN QUA ACTIONE ID VENIET, NON UT REDDAS, QUOD ACCEPERIS, *sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere, vel si meum recipere velim*, *REPETATUR QUOD DATUM EST, QUASI OB REM DATUM, RE NON SECUTA*. Inoltre quì ci cade in taglio un buon argomento *ab absurdo*. Gli è chiaro che la *condictio c. d. c. n. s.* non istia sempre in concorso con l'*actio praesc. verbis.*: gli è chiaro ancora che questa parimenti non istia sempre in concorso con quella. Ora noi dobbiamo costruire de'contratti innominati, ne'quali amendue queste azioni fanno insieme l'ufizio unico di azioni contrattuali. A far ciò possiamo tenere due sole vie. Se vogliamo che questi contratti abbiano un'azione che li renda efficaci, dobbiamo fare il seguente lavorio; dobbiamo rompere in due la *condictio c. d. c. n. s.* da un canto, e rompere in due l'*actio praescr. verb.* Ciò fatto prenderemo una metà dell'una ed una metà dell'altra, e le manderemo a fare il loro uficio consueto. Le rimanenti metà dell'una e dell'altra le impegoleremo sì tenacemente insieme che facciano un sol corpo; e queste due mezze azioni così maritate saranno l'azione de' contratti innominati. Se questa via ci ristucca troppo non ce ne resta altra che una: bisogna rassegnarsi ad ammettere contratti che non dieno azioni; saluteremo i contratti innominati, come tali che reggano di per sè. Da ultimo, contro la opinione della unità di azione ne' contratti innominati ci è questa pruova di fatto. Di sopra abbiam veduto che la *condictio* e l'*actio praescr. verb.* ne' contratti detti innominati debbono cominciare necessariamente in epoche diverse. Ciò essendo ben po-

trebbe avvenire che l'*actio praescr. verbis* fosse già prescritta quando comincia la *obligatio ob causam datorum*. Ed in questo caso non è certo possibile di ostinarsi più oltre sulla unità loro.

Ed ecco che, seguendo a passo a passo l' analisi, i contratti innominati ci si sono spaccati fra mani in due obbligazioni eterogenee: *stricti juris* l'una, ed è la sola reale; *bonae fidei* o *arbitraria* l'altra, secondo che sia dell'uno o dell' altro genere il negozio di buona fede cui essa corrisponde. Ciascuna di queste due diverse obbligazioni à la natura sua propria, lo scopo suo proprio, e poggia sopra condizioni necessarie proprie. Ciò posto se si chiegga il *pactum* che cosa produca, bisogna vedere l' *obligatio incerti civilis* che cosa produca: se si chiegga quando si possa domandare la restituzione *ob causam non secutam*, bisogna vedere quando nasca l'*obligatio ob causam datorum*. Distrutti così i contratti innominati, considerati come propri e distinti dalle altre obbligazioni, la nostra ricerca principale è compiuta. Ma gli erronei concetti su questa materia àn fatto elevare a princìpi certe conseguenze false; il perchè ci è forza per ultimo di dichiarare e ridurre entro i suoi veri cancelli uno e capitale di questi falsi princìpi.

Ei si pretende (e si dice che questo forma la proprietà specifica per eccellenza de'contratti innominati) che si possa domandare la restituzione di ciò che si è prestato non solamente nel caso della colpevole inadempienza a ciò che dall'altra parte si doveva, ma ancora *OB MERAM POENITENTIAM*; il che vuol dire per il semplice mutar proposito di colui fra' contraenti che aveva prestato. Noi abbiamo or ora esposto che la restituzione si può

domandare quando comincia la *obligatio ob causam datorum*. Adunque se il principio elevato da'seguaci della teorica dovesse reggere, dovrebbe contenere questa proposizione: colui che dà qualche cosa *ob causam* non à l'obbligo di attendere che la causa non si verifichi; che anzi può ripetere immediatamente la restituzione della cosa data. Ma allora l'aver dato *ob causam* sarebbe lo stesso che il non aver dato *ob causam*. Ed ecco la contraddizione cui mena necessariamente la opinione de'seguaci della teorica. Essi ammettono due maniere di ripetere: per colpevole inadempienza l'una, ed *ob meram poenitentiam* l'altra. Ed in ciò fare non si accorgono affatto che o l'una è contenuta nell'altra, o bisogna necessariamente escludere l'ultima.

Ebbene io non dubito di affermare che percorrendo tutte le opere, scritte in fatto di dritto romano, non si rinverrà nessun punto, il quale torni più di questo a disonore de' giuristi. Questo punto mostra con troppa chiarezza come si sia rimasti contenti al superficiale significato de'vocaboli, e come, lasciando da banda ogni considerazione men che leggera, si sia voluto trovare ne' vocaboli il significato di opinioni costrutte *a priori*. I passi che àn fornito a' giuristi la pruova del lor falso concetto sono la *l. 3. §. 2* e *3*, e *l. 5. pr. de c. c. d. c. n. s.* Leggiamo il primo passo.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

L. 3. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.).

§. 2. Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, *si non facis possum condicere*: aut si *me poeniteat* condicere possum.

§. 3. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, *inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit.*

Questo passo dice che se io ò dato a taluno del danaro affinch' egli manometta uno schiavo, io debbo prima aspettare che sia trascorso il tempo stabilito o quello in cui tornava possibile di manometterlo: e quando questo tempo sarà trascorso e lo schiavo non fu manomesso, allora e non prima potrò *condicere*: ma se per avventura io mi pento di tutto, allora posso *condicere* di presente. Tale essendo il passo, non fa meraviglia che coloro, i quali veggono quelle cose solamente che lor cadono negli occhi, leggano in queste parole la *mera poenitentia* de' contratti innominati. Ma che tanti valorosi uomini per molti secoli abbiano letto le medesime parole e ripetutone il concetto con la medesima leggerezza, questo è veramente stranissimo e forse unico esempio.

Secondo quello che abbiamo detto innanzi, la *condictio ex re* à luogo quando taluno comincia a ritenere come cosa propria ciò che è proprietà altrui. Così la *condictio c. d. c. n. s.* à luogo quando, essendosi dato qualche cosa *ob causam*, questa causa o non avviene, o cessa (*causa finita*), o avviene diversamente e per altra via. Allora colui, che possiede la cosa datagli *ob causam,* in fondo possiede *sine causa*; e però deve restituirla. Questo è il principio fondamentale da noi posto di sopra. Ma poichè quì tutto il rapporto giuridico complesso vuole esser considerato dal lato del *bonum et aequum*, bisognerà porre ben mente a questo. Quando la

causa non si sia avverata per colpa di colui che era obbligato, si considera come se la causa fosse cessata, e di presente avrà luogo la *obligatio ob causam datorum* (1). Quando colui che deve prestare non à la colpa che la *causa* non si sia avverata, bisogna distinguere due casi: quello in cui ei perderebbe, se si ripetesse la cosa; quello in cui non guadagnerebbe ciò che avrebbe guadagnato, se fosse rimasta la *datio ob causam*. Nel primo caso non si verifica il ritenere *sine causa*; e però non si può *condicere*: nel secondo caso ci è il ritenere *sine causa*; e però si può *condicere* (2). Rispetto al tempo ci sono delle disposizioni simili. Se io do *ob causam*, prima di ritenere la *causa* come non *secuta* debbo aspettare o che sia trascorso il tempo entro e non oltre il quale poteva esser possibile la *causa*, ovvero che fosse trascorso il tempo determinato entro cui doveva seguire. Questo caso veramente rientra nel primo, con questa differenza, che quì il tempo del possibile avveramento della *causa* è stato già per anticipo ridotto entro determinati confini; e tutto si regola secondo questo tempo così determinato. Ma o che il tempo sia stato limitato o che non sia stato, tanto che dura la possibilità relativa o assoluta dell' avveramento della causa, non ci potrà essere *obligatio ob causam datorum*, e però non ci potrà essere *condictio*. Nel seguente passo Paolo parla di amendue questi casi.

(1) *L. 3. §. 3. in f. h. t.*
(2) *L. 5. pr., §. 3. h. t.*

L. 5. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.).

Quod si tale est factum , quod locari non possit , puta , ut servum manumittas , *sive certum tempus adjectum sit* , intra quod manumittatur , idque , cum potuisset manumitti , *vivo servo* transierit , *sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti* , condici ei potest.

Or bene questo passo è chiarissimo , ed è chiaro ancora che pugni con l'altro precedente , il quale concede che si possa *condicere* anche quando, senza lasciar trascorrere il termine , colui che dette il danaro per far manomettere se ne pènta. Questi due passi adunque sembrano contraddittorii, poichè l'uno, senza attendere che fosse prima passata la possibilità dell'avveramento della causa , concede la *condictio* , e l'altro , secondo che anche noi abbiamo di sopra stabilito, riferma che non ci sia *obligatio ob causam datorum*, se prima non fosse passata la possibilita dell'avverarsi della *causa*. Ora a dichiarar questa contraddizione è mestieri una breve considerazione storica.

L' Imperatore Marco Aurelio, con una costituzione, che non ci è pervenuta ma che spesso troviamo citata , dispose che quando taluno avesse venduto uno schiavo sotto condizione che il compratore lo dovesse manomettere , e che questi avesse lasciato trascorrere senza manometterlo il tempo o determinato a ciò o in cui si poteva fare la manumissione ; in tal caso lo schiavo diventava libero *ipso jure* e senza la forma della manumissione.

Imp. Alexander A. Eutychiano liberto.

L. 2. C. si mancipium ita (4. 57.).

Si ea lege Orestes servum suum, sed naturalem filium venumdedit, ut emptor eum manumitteret, *quamvis non est manumissus, ex constitutione divorum Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum, liber est* (1).

Questa costituzione, limitata dapprima al solo caso della vendita, fu indi a poco estesa al caso che si desse danaro per far manomettere (2). Ma questa costituzione conteneva ancor altro. Il diventar libero *ipso jure* dello schiavo era una conseguenza di un altro principio ivi stesso sancito. Questo principio si era che colui, il quale aveva dato danaro per far manomettere lo schiavo, rimaneva libero nella sua volontà fin che non fosse seguita la manumissione; e ciò è lo stesso che dire che la costituzione gli concedeva, fino alla solenne manumissione, la facoltà di disvolere che lo schiavo diventasse libero; e ciò vuol dire che gli concedeva la facoltà di pentirsi.

L. 3. Qui sine manum. (40. 8.).

Eum, qui ita veniit, ut intra tempus manumitteretur: cum dies praestandae libertatis venerit, *vivente venditore et perseverante in eadem voluntate*: perinde haberi ac si ab eo, a quo debuit manumitti, manumissus esset.

L. 3. de serv. cap. (18. 7.).

Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit: *si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseveret*, heredis voluntatem non esse exquirendam.

(1) *L. 4. C. eod. L. 1., l. 3., l. 4. D. qui sine manum: ad libert. (40. 8.).*

(2) *L. 38. §. 1. de liberali causa (40. 12.).*

L. 5. §. 1. in f. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.):

> Plane si non manumiserit, *constitutio* succedit facitque eum liberum, *si nondum poenituerat eum, qui in hoc dedit.*

La ragione per cui si accordò questa facoltà di rimutare il volere espresso è molto agevole. Colui, il quale doveva fare la manumissione, in generale non aveva interesse alcuno che la manumissione seguisse o no: per lo più il rapporto giuridico, tra colui che dava e colui che riceveva il danaro, era un mandato: ed il danaro serviva per sopperire alla spesa, o per ricompensa. Ciò essendo non è meraviglia che la costituzione permettesse al mandante di recedere ad arbitrio dal mandato, che aveva dato (1). Ora si possono facilmente spiegare i passi contradditorii, i quali accordavano la *condictio* per mero pentimento. La *obligatio ob causam datorum* è una obbligazione puramente formale. Essa comincia come prima accada il fatto del ritenere *sine causa.* I princìpi giuridici materiali, i quali dànno occasione a questa mancanza di *causa*, non entrano nel cerchio della *condictio*, e non le riguardano punto. Per esempio, se io, per ubbidire alla condizione impostami con testamento, ò dato, e poi ripudii la credità, potrò ben ripetere ciò che ò dato; perciocchè colui che lo ricevette comincia a ritenerlo *sine causa* (2). I princìpi e le ragioni giuridiche, secondo cui si dovrà decidere se posso o non posso più ripudiare la eredità, vanno valutate nella propria sfera: ma, essendo materiali, non possono riguar-

(1) Così la *l. 5*: §. *2.* di sopra citata parla di un semplice mandato.
(2) *L. 1. §. 1. h. t.*

dare la obbligazione *ob causam datorum*: questa non à bisogno di altro fondamento se non che ci sia l'*habere sine causa*. Così è parimenti nel caso che ci occupa. Se io do a taluno del danaro, perchè egli manometta Stico, potrò *condicere* per la restituzione quando sarà passata la possibilità di più manometterlo: solo quando questa possibilità sarà cessata, colui che doveva manomettere comincia a ritenere *sine causa* il danaro a ciò datogli. Ora incontra per avventura una legge, la quale dispone che chi à dato incarico di manomettere uno schiavo può, finchè non sia già manomesso, ritirare il suo mandato, e non far più avvenire la manumissione. Chiaramente questa legge contiene una disposizione materiale, che prepara o dà occasione all'avverarsi dell'azione formale. E di vero, poni che colui, il quale commise a taluno di manomettere lo schiavo, abbia fatto uso della facoltà di ritrattarsi, concessagli dalla legge; ed ecco che di presente colui, che ricevette danaro per manomettere, comincia a ritenerlo *sine causa*; perciocchè la *causa* è cessata per un altro verso: nè ci è più bisogno di aspettare che trascorra il tempo, in cui essa si doveva e poteva avverare. Siccome torna indifferente, rispetto alla facoltà di ripetere, che la *causa* non sia avvenuta perchè trascorso il tempo illimitato o perchè trascorso il termine limitato entro cui si poteva avverare; parimenti torna indifferente che questo non avverarsi accada per trascorrimento di tempo, o perchè un' altro fatto abbia altrimenti distrutto la possibilità che la *causa* si avverasse: la *condictio c. d. c. n. s.* è un' azione puramente formale, e però potrà sempre istituirsi, quando la *causa* non è *secuta*; e sia ciò avvenuto per la impossibilità di più manomettere, sia per-

chè colui, che ciò voleva, lo disvolle ed aveva il diritto di disvolere.

Premesse queste brevi osservazioni, tutto il contesto della *l. 3. §.* 2 e 3. h. t. risulta ovvio e sensatissimo. Ulpiano dice: *Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis possum condicere*, AUT SI ME POENITEAT *condicere possum*. Ciò vuol dire che in questo caso la *condictio* può esser fondata in due modi: o perchè è cessata in sè la possibilità di più manomettere, o perchè tutto il fatto, di cui la *causa* era un lato solo, sia altrimenti cessato: il che avviene col ritrattarsi di colui che voleva far manomettere. E ciò dice anche il paragrafo seguente: *Quid, si ita dedi ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit inhibenda erit repetitio,* NISI POENITEAT; il che è un fatto estrinseco, che non riguarda la *condictio* in sè.

Ora noi abbiamo affermato che questi passi alludono al disvolere, concesso da leggi speciali a colui, che voleva far manomettere, siccome pocanzi con la scorsa storica si è sposto. Ora la verità di questa nostra affermazione non pure risulta dalla ragione, ma ancora da pruove specifiche. Noi abbiamo affermato che questo potersi pentire della manumissione commessa fu concesso dalla legge dell' Imperatore Marco. E che sia così, vediamo se prima di questa costituzione ci sia orma di questo concesso pentimento. Il giureconsulto Giuliano disamina lo stesso caso disaminato da Ulpiano nel passo citato. Giuliano visse sotto l' Imperatore Adriano e però precesse Marco e la sua costituzione. Ora, se la nostra affermazione sarà vera, Giuliano non dovrà far parola del caso *nisi poeniteat*. Ebbene, leggiamo il suo passo.